Die Einschränkungen des Mündlichkeitsprinzips in der deutschen Zivilprozeßgesetzgebung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen

vorgelegt von

Georg Stürmer
Referendar am Landgericht Nürnberg.

Fordheim.
Buchdruckerei von F. A. Streit.
1929.

29.172

Die Einschränkungen des Mündlichkeitsprinzips in der deutschen Zivilprozeßgesetzgebung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen

vorgelegt von

Georg Stürmer
Referendar am Landgericht Nürnberg.

Forchheim.
Buchdruckerei von F. A. Streit.
1929.

Referent: Univ.-Profeſſor Dr. Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533903_0147

Inhaltsübersicht.

Einleitung. Seite

I. Wesen der Prozeßprinzipien 1
II. Inhalt des Mündlichkeitsprinzips 3

1. Abschnitt.

Die ZPO. in ursprünglicher Fassung und das Mündlichkeitsprinzip 8

2. Abschnitt.

Die Einschränkungen des Mündlichkeitsprinzips durch die Novellen von 1898, 1905 und 1909 15

3. Abschnitt.

Die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nach den Novellen 1915 und 1923 und das Schiedsverfahren 24

4. Abschnitt.

Die Einschränkungen des Mündlichkeitsprinzips durch die Novelle 1924 außer der Entscheidung nach Lage der Akten 47

5. Abschnitt.

Die Entscheidung nach Lage der Akten 60

Einleitung.

I.

Wesen der Prozeßprinzipien.

Es gibt zwei ihrem Wesen nach völlig verschiedene Arten von Prinzipien: solche, die eine gewonnene Erkenntnis, und solche, die einen Willen zum Ausdruck bringen. Man kann sie kurz als Erkenntnis- und als Willensprinzipien bezeichnen. Erstere befassen sich mit einer Summe gegebener Tatsachen; sie enthalten darüber ein Urteil, das durch Feststellung einer und derselben Beobachtung an einer Ueberzahl von Einzelerscheinungen gewonnen wird. Wer dagegen ein Willensprinzip aufstellt, geht nicht von vorhandenen Gegebenheiten aus, sondern will künftige Verhältnisse gestalten. Ein solches Prinzip ist kein Urteil über Vorhandenes, sondern ein Programm für die Zukunft. Mit dem Erkenntnisprinzip hat es die Eigenschaft gemein, daß mit seinem Begriff Ausnahmen vereinbar sind. Seiner Natur nach wohnt ihm aber ein Streben nach Ausnahmslosigkeit inne, das beim Erkenntnisprinzip begriffsnotwendig wegfällt. Und, — der wichtigste Unterschied — ist bei letzterem ein Ueberwiegen der Ausnahmen undenkbar, so ist das Willensprinzip in seiner Existenz von der Häufigkeit der Ausnahmen unabhängig.

Auch der Gesetzgeber kann Prinzipen aufstellen. Da er immer als Herrscher auftritt, müssen von ihm aufgestellte Prinzipien stets Willensprinzipien sein. Dabei können gesetzgeberische Prinzipien sowohl auf dem Gebiet des materiellen wie des formellen Recht liegen. Weil gesetzgeberische Prinzipien nicht für den Gesetzgeber selbst, sondern für die seiner Herrschaftsmacht unterworfenen Personen Geltung haben, regeln sie nie individuelle, sondern immer typische, sich wiederholende Situationen. Wie jedem, so kann auch einem gesetzgeberischen Prinzip ein ganz verschieden großer Geltungsbereich eingeräumt sein. Bei den prozessualen Prinzipien ist seine Größe von entscheidender Bedeutung für die Kennzeichnung der wichtigsten Sonderart derselben, nämlich der sog. Prozeßprinzipien. Unter

einem Prozeßprinzip versteht man nämlich nur ein solches prozessuales Prinzip, das entweder für den Bereich eines ganzen Prozeßverfahrens oder für einen größeren Teil desselben, nicht bloß für eine einzelne prozessuale Handlung Geltung hat.

Ein Prozeßprinzip kann vom Gesetzgeber nur ausdrücklich aufgestellt werden, wozu es natürlich nicht erforderlich ist, daß er das Wort „Prinzip" oder ein gleichbedeutendes gebraucht. Es genügt vielmehr, daß er einen allgemeinen Satz aufstellt, dessen bloße Grundsatznatur aus der Zulassung von Ausnahmen hervorgeht. So ist der § 128 ZPO. als ausdrücklich aufgestelltes Prozeßprinzip anzusehen. Hingegen ist es nicht angängig, das Vorhandensein eines Prozeßprinzips (im bisher allein behandelten Sinn eines gesetzgeberischen Willensprinzips) aus den Motiven eines Prozeßgesetzes oder aus einer Summe gesetzlicher Einzelregelungen abzuleiten. Denn jene bringen, wie heute allgemein anerkannt, den Willen des Gesetzgebers in durchaus unverbindlicher Weise zum Ausdruck. Aus letzteren kann deshalb kein sicherer Schluß auf ein Prozeßprinzip gezogen werden, weil er nur auf der Majorität von Tatsachen fußen könnte, welche aber keineswegs ein zuverlässiges Kriterium für die Existenz eines Prozeßprinzips bildet. Denn jedes eigentliche Prozeßprinzip ist ein Willensprinzip, und ein solches ist ja unabhängig von der Zahl der Ausnahmen.

Freilich gibt es auch Prozeßprinzipien in einem ganz anderen Sinne. Da wird ausgegangen von den gesetzlichen Einzelregelungen; diese werden sorgfältig rubriziert, mit einem die verschiedene Häufigkeit der praktischen Anwendung berücksichtigenden Koeffizienten versehen, dann zusammengezählt und die Mehrheit der Fälle bedeutet dann das Prozeßprinzip. Es ist ein Prozeßprinzip im uneigentlichen Sinne, grundverschieden vom eigentlichen Prozeßprinzip. Denn es ist im Gegensatz zu diesem nicht Willens-, sondern Erkenntnisprinzip. Beide brauchen sich also nicht notwendig zu decken. Beispiel: Faßt man das Prozeßprinzip im eigentlichen Sinne auf, so gilt für die Beweisaufnahme nach unserer ZPO. das Unmittelbarkeitsprinzip, andernfalls das Mittelbarkeitsprinzip. So löst sich auch der große Streit um die Frage, ob das Mündlichkeitsprinzip über den in § 128 genannten Rahmen hinaus, insbesondere ob es auch für die Beweisaufnahme gelte: Zu verneinen ist die Frage, wenn man das Mündlichkeitsprinzip im eigentlichen Sinn, zu bejahen ist sie, wenn man es im uneigentlichen Sinne im Auge hat. Verneint man, so kann das tatsächliche Gelten der Mündlichkeit über den § 128 hinaus an der Beschränkung der Geltung des Prinzips auf den in dem § 128 bezeichneten Umfang nicht irre machen. Denn Geltungsgrund der Mündlichkeit ist insoweit

nicht das Mündlichkeitsprinzip, sondern eine ausdrückliche gesetzliche Sondervorschrift, oder aber die Mündlichkeit ist lediglich Begleiterscheinung anderer gesetzlicher Bestimmungen. Beispiel: Die Mündlichkeit in der Beweisaufnahme ist Begleiterscheinung der vom Gesetz vorgeschriebenen Unmittelbarkeit.

Zweckmäßig verwendet die Wissenschaft, freilich oft ohne sich des Gegensatzes bewußt zu sein, die Prozeßgrundsätze bald in dem einen, bald im anderen Sinne. Im uneigentlichen Sinne gebraucht sie die Grundsätze meist bei Vergleichung verschiedener Prozeßsysteme, weil die Grundsätze in diesem Sinne einen konstanteren Charakter haben und weil sich die vergleichende Wissenschaft mehr für das Tatsächliche einer Gesetzgebung als für den Willen des Gesetzgebers interessiert. Im eigentlichen Sinne verwendet man die Prozeßgrundsätze zweckmäßig dort, wo es darauf ankommt, Tatsächlichkeiten der Gesetzgebung dem gesetzgeberischen Willen gegenüberzustellen; denn mit einem bloß vermuteten, nicht unbedingt feststehenden gesetzgeberischen Willen ist in solchem Falle wenig gedient. Da es Zweck dieser Arbeit ist, das Verhältnis des im Mündlichkeitsprinzip enthaltenen gesetzgeberischen Willens zu den gesetzlich vorgesehenen Ausschaltungen dieses Willens in der deutschen Zivilprozeßgesetzgebung von 1877—1924 zu verfolgen, wird das Mündlichkeitsprinzip im eigentlichen Sinne dieser Arbeit zugrunde gelegt.

II.

Inhalt des Mündlichkeitsprinzips.

Die Zivilprozeßwissenschaft macht allgemein einen Unterschied zwischen Mündlichkeitsprinzip (MPr.) im weiteren und im engeren Sinne. I. w. S. legt sie ihm die Bedeutung bei, daß nach einer bestimmten Zivilprozeßgesetzgebung die Mündlichkeit Wirksamkeitsbedingung für die Mehrzahl der Prozeßhandlungen ist. Es ist klar, daß dieses MPr. i. w. S. immer ein uneigentliches Prozeßprinzip ist. Anders kann das MPr. i. e. S. sowohl eigentliches als uneigentliches Prozeßprinzip sein. Doch ist diese Unterscheidung für den Inhalt des MPr. i. e. S. ohne Belang, da sich der Unterschied zwischen eigentlichem und uneigentlichem Prozeßprinzip nur in der Frage der Geltung selbst, nicht des Inhalts auswirkt.

Der Inhalt des MPr. i. e. S. ist in folgenden drei Beziehungen enger als der des MPr. i. w. S. Es müssen die Prozeßhandlungen nicht aller am Prozeß beteiligten Personen mündlich sein,

sondern nur der am Prozeß beteiligten Privatpersonen, also nicht die Prozeßhandlungen des Gerichts. Es müssen ferner nicht alle Prozeßhandlungen dieser Privatpersonen mündlich sein, sondern nur ihr tatsächliches Vorbringen. Schließlich ergibt sich aus der Eigenart der Prozeßhandlungen, deren Gültigkeitsbedingung hier die Mündlichkeit ist, die besondere Gestalt, in der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Prozeßhandlungen hier erscheint: Die Erklärungen der betreffenden Personen können nämlich bei einer Entscheidung berücksichtigt werden oder nicht, je nachdem die Bedingung der Mündlichkeit erfüllt ist oder nicht.

Unter Berücksichtigung dieser Inhaltsverengungen ergibt sich als Definition für das MPr. i. e. S.: Es ist der Prozeßgrundsatz, wonach die Mündlichkeit Voraussetzung dafür ist, daß tatsächliches Vorbringen von am Prozeß beteiligten Privatpersonen bei einer Entscheidung berücksichtigt werden kann.

Die einzelnen Bestandteile dieser Definition sind z. T. bestritten, z. T. erfreuen sie sich allgemeiner Anerkennung; letzteres jedoch nur deshalb, weil sie geeignet sind, große Vorstellungsverschiedenheiten zu verhüllen und mit einem gemeinsamen Namen zu decken. Ueber sie herrscht also nur formale Uebereinstimmung. In Wirklichkeit stehen gerade sie im Mittelpunkt des Streits.

Vor Darstellung der hauptsächlichsten Streitpunkte sei bemerkt, daß sich hier nicht immer mit logischem Zwang der Nachweis für die Richtigkeit dieser und jener Ansicht führen läßt. Häufig gilt eine Ansicht nur deshalb, oder wenigstens in erster Linie deshalb zu Recht, weil sich einmal in der Wissenschaft eine bestimmte Ansicht allgemein durchgesetzt hat.

1.) Außerordentlich bestritten ist es zunächst, wann eine Erklärung eine mündliche sei. Die auf den ersten Blick äußerst einfach erscheinende Frage wird dadurch zu einer sehr komplizierten, daß nicht immer eine Erklärung von dem Beteiligten unmittelbar vor den Schranken des erkennenden Gerichts abgegeben wird, sondern nur vor einer Mittelsperson, die ihrerseits die Erklärung an das Gericht weiterzugeben hat, und zwar nicht als bloßer Ueberbringer, sondern nachdem sie sich selbst mit ihr geistig in dieser oder jener Weise befaßt hat. (Ersuchter, beauftragter Richter, Richterkommissar im preußischen Recht) Bezeichnet man das als Mittelbarkeit, so erhebt sich die Frage, ob es eine mittelbare Mündlichkeit gibt, oder ob nicht die Unmittelbarkeit, das Nichtdazwischentreten einer Mittelsperson zwischen Gericht und Prozeßbeteiligte zum Wesen der Mündlichkeit gehört. Beachtet man, daß die geistige Befassung der

Mittelsperson mit der ihr gegenüber abgegebenen Erklärung auch in deren Formwandlung bestehen kann, so ergeben sich bei der Mittelbarkeit folgende Formmöglichkeiten:

a) Mittelsperson und Gericht erhalten die Erklärung mündlich;
b) beide erhalten sie schriftlich;
c) Mittelsperson erhält sie schriftlich, Gericht mündlich;
d) Mittelsperson erhält sie mündlich, Gericht schriftlich.

(Dabei ist die Form, in der die Mittelsperson die Erklärung erhält, die gleiche, in der sie der Beteiligte abgibt). Nun geht im Falle d) die durchaus herrschende Meinung dahin, daß hier Schriftlichkeit vorliegt, wie man das z. B. vom preußischen Prozeß annimmt. Man läßt also für die Form der Erklärung nicht die Abgabe durch den Prozeßbeteiligten, sondern den Empfang durch das Gericht maßgebend sein und räumt der Tatsache der Mittelbarkeit keinen Einfluß auf die Formfrage ein. Darüber, ob im Falle c) Mündlichkeit oder Schriftlichkeit vorliegt, ist, soweit ersichtlich, bislang noch nie nachgedacht worden, weil dieser Fall geschichtlich kaum nachweisbar ist. Zweifellos hat man sich hier, wo es gerade umgekehrt ist wie im Falle d), für das Umgekehrte — also die Mündlichkeit — zu entscheiden und es liegt auch kein Grund vor, warum gerade hier die vorliegende Mittelbarkeit die Annahme der Mündlichkeit verbieten sollte. Daraus ergibt sich erstens die Möglichkeit mittelbarer Mündlichkeit und zweitens, daß, wo bei der Mündlichkeit Abgabeform und Form des Empfangs durch das Gericht verschieden sind, für die Bezeichnung der Erklärungsform die letztere maßgebend ist. Bei Verneinung der Möglichkeit mittelbarer Mündlichkeit läge auch im Falle a) keine Mündlichkeit vor, was schon an sich eigenartig erscheinen müßte, vor allem aber zu einem Vakuum führen würde, weil von einer Schriftlichkeit jedenfalls keine Rede sein könnte und doch notwendig eine der beiden einzig möglichen Erklärungsformen: Mündlichkeit oder Schriftlichkeit, gegeben sein müßte.

Hienach kann die Unmittelbarkeit kein Begriffsmerkmal der Mündlichkeit sein. Ebenso Rosenberg Lehrbuch (L.) S. 176. Unmittelbarkeit und Mündlichkeit sind völlig selbständige gleichgeordnete Begriffe. Rein tatsächlich werden sich beide freilich sehr häufig decken. Vielfach, in neuerer Zeit allerdings seltener als früher, hält man jedoch die beiden Begriffe für völlig identisch; so die Begründung der ZPO. in § 4, ebenso Fr. Klein in seiner Abhandlung „Mündlichkeitstypen". Andere verlangen zur Mündlichkeit Unmittelbarkeit, zur Unmittelbarkeit aber keine Mündlichkeit. So Goldenring in Zeitschrift für deutsch. Zpr. 14, 52 ff.

2.) Nach unserer Definition bezieht sich das MPr. nur auf tatsächliche Erklärungen. Nach anderer Ansicht auch auf rechtliche Ausführungen. Allein diese haben doch einen von den tatsächlichen Erklärungen durchaus verschiedenen Charakter insofern, als sie überhaupt nicht erforderlich sind. Jura novit curia. Sie mögen sehr zweckmäßig sein, aber der Richter kann und wird oft genug auch nicht zum Vortrag gekommene Rechtsgedanken seiner Entscheidung zugrunde legen. Weil sie bloß anregend wirken, kann auch die Mündlichkeit nicht Bedingung dafür sein, daß sie einer Entscheidung zugrunde gelegt werden. Eine geistige Anregung läßt sich niemals an Bedingungen knüpfen. Sie ist da und „wirket, weil sie muß".

3.) Welche tatsächlichen Erklärungen im einzelnen in Frage kommen, ist ebenfalls sehr bestritten. Fest steht nur, daß sich das Prinzip auf Behauptungen einer Partei, eventuell auch sonstiger am Prozeß beteiligter Privatpersonen (Zeugen, Sachverständige, Nebenintervenienten), die Gegenbehauptungen, Dupliken usw., die Beweisantretungen, die Erklärungen über Beweismittel, besonders die Beweiseinreden, bezieht. Das Prinzip ist aber nur auf die eben genannten Erklärungen zu beziehen. Also nicht:

a) auf die Anträge. Diese haben prozessual eine ganz andere Funktion als alle jene Erklärungen. Sie stellen den Rahmen für eine zu erlassende Entscheidung dar, während jene dazu bestimmt sind, auf die Ueberzeugung des die Entscheidung Treffenden derart einzuwirken, daß die Entscheidung in dem gewünschten Sinne ergehe. Daher sind auch die Anträge niemals eigentliche Entscheidungsgrundlage, sondern Entscheidungsrahmen. Unter Entscheidungsgrundlage versteht man nur solches Prozeßmaterial, das eine Entscheidung inhaltlich zu beeinflussen fähig ist, indem es auf die Ueberzeugung des Entscheidenden einwirkt.

b) alle diejenigen Erklärungen, die ein Prozeßgesetz aus Zweckmäßigkeitserwägungen vorschreibt, um einen schon vorhandenen Streitstoff gewissen Prozeßbeteiligten zur Kenntnis zu bringen. Denn wenn auch hiebei die Form der Mündlichkeit die Bedeutung haben kann, daß sie Bedingung der Berücksichtigungsfähigkeit bei einer Entscheidung ist, so bezieht man doch ganz allgemein das MPr. nur auf Erklärungen, die Streitstoff durch sich selbst schaffen, und nicht auf solche, die schon vorhandenen Streitstoff bloß endgültig zu Prozeßstoff machen. Daher ist es kein Anwendungsfall des MPr., wenn z. B. eine Gesetzgebung (so unsere ZPO. in § 285 II) bestimmt, daß eine vor ersuchtem Richter stattgefundene Beweisaufnahme dem erkennenden Gerichte in ihrem Ergebnisse von einer Partei vorzutragen sei.

4.) Unsere Definition spricht von den Erklärungen einer am Prozeß beteiligten Privatperson. Es kommen also für das MPr. insbesondere in Betracht die Erklärungen einer Prozeßpartei (bezw. ihres Vertreters), eines Zeugen, Sachverständigen oder einer anderen Auskunftsperson, aber auch der Beistände, eines Nebenintervenienten und was für Typen von Prozeßbeteiligten sonst noch eine Gesetzgebung kennen mag.

Hingegen haben mit dem Mündlichkeitsprinzip nichts zu tun die Erklärungen des Gerichts. Gegen die Ansicht, welche auch diese dem MPr. unterstellen will, spricht der für Merkmale eines Begriffs letztlich immer den Ausschlag gebende allgemeine wissenschaftliche Sprachgebrauch.

Häufig findet man in Darlegungen, die von dem Begriff des MPr. schlechthin, also nicht mit Beziehung auf unsere ZPO., handeln, die Vorstellung, daß für das Prinzip lediglich die Erklärungen der Parteien (bezw. ihrer Vertreter) in Frage kämen. Das beruht auf einer Verwechslung von Inhalt und Geltungsgebiet des Prinzips. Man möchte schon den objektiven Inhalt desselben erfassen, geht aber dabei einseitig von der Stellung aus, die unsere gerade geltende Gesetzgebung dem Prinzip einräumt und sieht dabei als Inhalt des Prinzips an, was in Wirklichkeit nur Beschränkung auf ein gewisses Prozeßgebiet ist.

5.) Was ist schließlich unter den „Entscheidungen" in unserer Definition zu verstehen? Man unterscheidet bekanntlich zwischen Entscheidungen i. w. S. und solchen i. e. S. I. w. S. ist Entscheidung jede in Worten ausgedrückte Entschließung des Gerichts; i. e. S. stellt sie nur ein sog. Dezisiv-Dekret dar, d. h. ist sie lediglich eine einen Streitpunkt entscheidende Entschließung des Gerichts. Für das Mündlichkeitsprinzip kommt, — freilich wieder nicht weiter als durch den wissenschaftlichen Sprachgebrauch beweisbar —, der Entscheidungsbegriff i. w. S. in Frage. Es müssen also Entschließungen des Gerichts sein, nicht solche anderer Gerichtsorgane, z. B. des ersuchten Richters, des Gerichtsvollziehers, des Vorsitzenden. Es ist aber gleichgültig, ob sie mehr auf tatsächlicher und rechtlicher Reflexion beruhen, dezisiv sind, oder einen Willen des Gerichts ausdrücken, prozeßleitend sind. Es müssen nach dem wissenschaftlichen Sprachgebrauch auch Entschließungen des erkennenden Gerichts sein, also des eigentlichen Prozeßgerichts im Gegensatz besonders zu denen des Vollstreckungs- und Konkursgerichts.

1. Abschnitt.

Die ZPO. in ursprünglicher Fassung und das Mündlichkeitsprinzip.

Der § 128 ZPO. lautet: „Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche." Wenn diese Gesetzesbestimmung nichts enthält über die Folge einer Beachtung und Mißachtung des in ihr enthaltenen Befehls, so einmal deshalb, weil überall, wo das Gesetz für eine Handlung in bindender Weise eine Form vorschreibt, diese auch Bedingung der Gültigkeit der Handlung ist, weil die Beachtung oder Mißachtung der Form die Gültigkeit oder Ungültigkeit der formbedingten Handlung zur Folge hat. Das gänzliche Uebergehen der Wirkung einer formentsprechenden und formwidrigen Verhandlung hängt aber auch damit zusammen, daß sich offenbar die ZPO. auf den wissenschaftlich feststehenden Begriff des MPr. bezieht und sich daher kurz fassen zu können glaubt. Das ist ja überhaupt ein beliebtes gesetzgeberisches Verfahren, erzeugt aber stets umsomehr Zweifel, je weniger Klarheit über den angezogenen Begriff besteht.

Indem der § 128 den Inhalt des MPr. zum Rechtssatz erhebt, bezeichnet er zugleich das prozessuale Gebiet, auf das nach gesetzgeberischem Willen seine Geltung beschränkt sein soll. Er gilt nämlich:

a) nicht für alle tatsächlichen Erklärungen, auf die hin eine Entscheidung ergeht, sondern nur, soweit sie Verhandlung sind, also unter dem Grundsatz des beiderseitigen Gehörs stehen, daher vor allem nicht für tatsächliche Erklärungen der Zeugen und Sachverständigen. Ihre Aussagen stellen keine Verhandlung im eigentlichen Sinne dar. Nur in einem ganz weiten, hier nicht in Betracht kommenden Sinn wird bisweilen die Beweisaufnahme zur Verhandlung gerechnet;

b) nicht für die Verhandlung aller prozeßbeteiligten Privatpersonen, sondern bloß für die der Parteien, also nicht für eine

Verhandlung, wo eine Partei einer Nichtpartei gegenübersteht, so z. B. wenn eine Partei mit einem Zeugen über das Zeugnisverweigerungsrecht streitet (§ 387).

Der in der angegebenen Weise vollzogenen Beschränkung der Geltung des MPr. auf bestimmte Prozeßteile durch § 128 steht das Vorkommen notwendiger Mündlichkeit der Erklärungen Prozeßbeteiligter außerhalb dieser Grenzen ebenso wenig entgegen wie das Vorkommen solcher Erklärungen außerhalb des prozessualen Gebiets, auf welches das MPr. begriffsmäßig überhaupt nur Anwendung finden kann, dem Inhalt des MPr. widerspricht. Insoweit leitet eben die Mündlichkeit ihre Geltung nicht vom Prinzip, sondern von anderen Umständen her, besonders einer ausdrücklichen Vorschrift.

Mit gutem Grunde hat sich unsere ZPO. in § 128 für die prinzipielle Mündlichkeit der Parteiverhandlung entschieden. Denn die Mündlichkeit ist im allgemeinen für ein rasches und richtiges Verständnis einer abgegebenen Erklärung weit besser geeignet als die Schriftlichkeit. Das ist im täglichen Leben ebenso wie im Prozeß. Die Mündlichkeit ermöglicht, durch sofortige Zwischenfragen Mehrdeutigkeiten und Unbestimmtheiten des Ausdrucks zu klären, auf Ausfüllung von Gedanken- und Verständnislücken, die gar oft dem Sprechenden nicht bewußt sind, hinzuwirken. Das Temperament und der Ton der Rede, viel unmittelbarer als der tote Buchstabe auf die Vorstellung des Hörers einwirkend, vermag von tatsächlichen Zuständen und Vorgängen ein viel lebendigeres, plastischeres, farbenreicheres und darum auch richtigeres Bild zu geben. Soweit schließlich die Glaubwürdigkeit von Erzählung und Erzähler in Frage steht, läßt hierüber die Rede, die geeignet ist, seelische Empfindungen, wie gutes und schlechtes Gewissen, Voreingenommenheit und dgl., ungewollt zum Ausdruck zu bringen, ein viel sichereres Urteil zu als das Papier, „das nicht errötet“ (Wach).

Die in der rascheren und richtigeren Erfassung und leichteren Würdigung der Aussagen liegenden Vorzüge der Mündlichkeit sind in den einzelnen Fällen jedoch nicht gleich groß. Das kann zunächst damit zusammenhängen, daß im einzelnen Falle der Mündlichkeit überhaupt die Gelegenheit ihrer Bewährung in der angedeuteten Weise teilweise sich nich bietet; z. B. es steht die Glaubwürdigkeit einer aussagenden Person außer Zweifel, oder diese ist zu einer lebendigen, lebensfrischen Erzählung nicht fähig. Ebenso kann es sein, daß sich im einzelnen Falle die Mündlichkeit nach dieser oder jener Richtung hin zwar bewährt, daß aber die Eigenart des Erklärungsinhalts dieser Bewährung die Bedeutung eines Vorzugs vor der Schrift-

lichkeit nimmt, weil sich im gleichen Sinne ebensosehr die Schriftlichkeit bewähren kann. So ist es namentlich bei ganz einfachem Sachverhalt, der mit einigen wenigen zu Papier gebrachten Worten ebenso zweifelsfrei dargestellt werden kann, wie auf mündlichem Wege.

Aber nicht nur durch außerhalb der Mündlichkeit liegende Umstände können ihre Vorzüge gemindert oder gar aufgehoben werden, sondern auch durch der Mündlichkeit selbst innewohnende Schwächen. Diese sind freilich oft nur im Keime vorhanden, ohne daß sie sich irgendwie fühlbar geltend machen. Aber als Gefahr für die Vorzüge der Mündlichkeit bestehen sie immer. So weist zunächst die mündliche Rede als Schattenseite das rasche Verhallen des Wortes, seine Flüchtigkeit auf. Diese kann infolge Verblassens der Erinnerung an Vorgetragenes zu lästigen Wiederholungen des Vortrags zwingen. Und wie leicht kann unter dem die Sichtschärfe mindernden Einfluß der Zeit auch eine ursprünglich richtige Vorstellung von einer vorgetragenen Tatsache zu einer lückenhaften, unscharfen und verkehrten Vorstellung werden. Gewiß kann diese Schwäche der Mündlichkeit z. T. durch schriftliche Fixierung des Gehörten gemildert werden. Allein solche Fixierung mindert selbst wieder die Vorzüge der Mündlichkeit, besonders indem sie den Hörer zu einer Teilung seiner Aufmerksamkeit nötigt und dort, wo dieser Gefahr durch zeitliche Aufeinanderfolge von Gehör und Fixierung zu begegnen versucht wird, die Misere der Langweiligkeit und Schwerfälligkeit mit sich bringt. Eine andere die Vorzüge der Mündlichkeit beeinträchtigende Schattenseite derselben liegt darin, daß sie ein Beisammensein mindestens zweier Personen voraussetzt, das mitunter nicht jederzeit, sondern bloß in bestimmten Terminen ermöglicht werden kann. So ist es möglich, daß lange Zeit gewartet werden muß, bis eine Erklärung abgegeben werden kann, daß sich also durch die Mündlichkeit der Zeitpunkt, wo eine Erklärung dem Erklärungsempfänger zugeht, verzögert. Diese Verlangsamung muß sich besonders unangenehm bemerkbar machen, wenn sich die Notwendigkeit der Ergänzung oder Berichtigung einer in einem früheren Termin abgegebenen Erklärung ergibt, namentlich weil hier sich zugleich der ersterwähnte Mangel der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes geltend macht. Schließlich ist einer dritten Schattenseite der Mündlichkeit zu gedenken, die freilich nicht wie die beiden ersten auf die Vorzüge der Mündlichkeit selbst abschwächend einwirkt, diese vielmehr unangetastet läßt, nur das Urteil über die Zweckmäßigkeit und Geeignetheit des Gebrauchmachens von der Rede im einzelnen Falle bestimmend beeinflußen kann. Das ist die mit der Mündlichkeit wegen des Erfordernisses der Raumüberwindung meist gegebene größere Beschwerlichkeit, die ihren Grund immer

in Zeitverbrauch, oft auch in Verdienstentgang, Reiseausgaben, Unbequemlichkeiten verschiedenster Art und dgl. hat, und die sich mit Zunahme der Entfernung zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger derart steigern und fühlbar machen kann, daß es vernünftiger ist, die Vorteile der Mündlichkeit preiszugeben und zur bequemeren Schrift zu greifen. Der Punkt, wo zweckmäßig die Bevorzugung der Schriftlichkeit trotz Vorhandenseins von Mündlichkeitsvorzügen anfängt, kommt umso eher, je geminderter im einzelnen Falle schon an und für sich infolge Vorliegens besonderer Umstände oder zerstörender Einwirkung der Schattenseiten der Mündlichkeit deren Vorzüge sind.

An dem Schwanken des Wertes der Mündlichkeit, welches das tägliche Leben durch Anstellung von Vor- und Nachteilsabwägung von Fall zu Fall berücksichtigt, kann verständigerweise auch eine Prozeßgesetzgebung, die die Ueberzeugung vom grundsätzlich höheren Wert der Mündlichkeit in sich trägt, nicht achtlos vorübergehen, am wenigsten eine Zivilprozeßgesetzgebung. Denn die besprochenen der Mündlichkeit als Erklärungsform ganz allgemein anhaftenden Schwächen müssen gerade im Bereiche des Zivilprozesses sich in besonders peinlicher Weise bemerkbar machen. So ist die Gefahr des Zerfließens des gesprochenen Wortes in ein Nichts dadurch eine gesteigerte, daß der Zeitpunkt, wo der Richter dasselbe noch klar und deutlich im Kopfe haben soll, meist weit vom Zeitpunkt der Mitteilung entfernt liegt, und daß die Fähigkeit des Richters zum Behalten der Einzelheiten durch das Nebeneinanderherlaufen einer großen Zahl von im ganzen ähnlichen, im einzelnen aber höchst verschiedenen Rechtsstreitigkeiten außerordentlich geschwächt ist. Die Unsicherheit der Entscheidungsgrundlage aber ist umso gefährlicher, als sich an eine auf unsicherer Grundlage ergangene Entscheidung die weittragendsten Folgen für eine Partei knüpfen können. Die Gefahr der Langwierigkeit ist im Zivilprozeß mit der Mündlichkeit deswegen besonders eng verbunden, weil hier die mündlichen Erklärungen fast stets notwendigerweise nur in längere Zeit auseinanderliegenden Terminen abgegeben werden können. Und zu den üblichen Unannehmlichkeiten, welche die mündliche Abgabe einer Erklärung hat, kommt im Prozeß noch besonders die des Wartenmüssens im Sitzungssaal. Denn da das Gericht nie wissen kann, wie lange sich eine einzelne mündliche Verhandlung hinzieht, kann es die Beteiligten fast stets nur auf eine abgeschätzte Zeit bestellen. Die Abschätzung wird aber meist eine zu knappe sein, da bei ihr in erster Linie die Absicht maßgebend sein wird, keine Verhandlungslücken entstehen zu lassen.

So kann denn eine Zivilprozeßgesetzgebung, wenn sie dem gestaltungsreichen Leben gegenüber nicht blind ist, ausnahms-

lose Mündlichkeit niemals, auch dann nicht vorschreiben, wenn sie bloß einen Teil des Prozeßverfahrens von ihr beherrscht haben will. Sie kann die Mündlichkeit also immer nur als Prinzip aufstellen, von dem sie Ausnahmen zuläßt.

Was unter Ausnahmen vom MPr. zu verstehen ist, muß aus dem Begriff des MPr. abgeleitet werden. Eine solche Ausnahme ist also dann gegeben, wenn die Mündlichkeit der Parteierklärung nicht deren Wirksamkeit bedingt, wenn die Schriftform der Erklärung deren Berücksichtigungsfähigkeit nicht entgegensteht. Da es unrichtig ist, daß nach dem MPr. die mündliche Erklärungsform die einzige Wirksamkeitsbedingung der Erklärung sein müsse (sog. „positive Bedeutung des MPr."), ist es auch keine Ausnahme vom MPr., wenn zur Berücksichtigungsfähigkeit einer Erklärung außer ihrer mündlichen Form auch noch eine andere Voraussetzung erforderlich ist. So kann, wenn man das MPr. auf die Beweisaufnahme bezieht (uneigentl. MPr.), in § 285 II keine Ausnahme vom MPr. erblickt werden, wie dies auch kaum je geschieht. Im Gegenteil wird aus einer unklaren Vorstellung vom MPr. heraus, gerade im § 285 II in der Regel eine „Folgerung" des MPr. gesehen [1]).

Eine Prozeßgesetzgebung kann in verschiedener Weise Ausnahmen vom MPr. zulassen. Sie kann für bestimmte Fälle an Stelle der Mündlichkeit die Schrift zur Wirksamkeitsbedingung der Parteierklärungen machen. In diesem Fall erkennt das Gesetz den Inhalt des Schriftprinzips in gewissen Grenzen an. Unsere deutsche ZPO. kennt solche Ausnahmen vom MPr. nicht und mit gutem Grund. Denn es gibt keine prozessuale Situation, wo die Mündlichkeit nicht unter Umständen wenigstens als einzig angezeigte Erklärungsform erscheinen könnte. Daher hat unsere ZPO. Ausnahmen vom MPr. nur in der Form der Zulassung fakultativer Mündlichkeit vorgesehen. Darüber, ob im einzelnen Falle eine Durchbrechung des MPr. stattfindet, entscheidet immer das Ermessen eines Prozeßbeteiligten oder einer Mehrzahl Prozeßbeteiligter.

Freilich bestehen für eine Zivilprozeßgesetzgebung schwere Bedenken, Ausnahmen von einem aufgestellten Prinzip ins Ermessen von Prozeßbeteiligten zu stellen. Denn dadurch leidet vor allem die Ordnung, die gerade eine Prozeßgesetzgebung in einen Prozeß bringen will. Von solchen Bedenken hat sich auch ursprünglich unsere ZPO. leiten lassen und hat daher die Form der Parteiverhandlung nicht generell dem Ermessen der Prozeßbeteiligten überlassen, sondern nur speziell, d. h. sie hat nur bei

[1]) Daraus, daß nach ganz allgemeiner Anschauung § 285 II keine Ausnahme vom MPr. darstellt, folgt die Haltlosigkeit der Annahme einer positiven Funktion des MPr!

einigen wenigen nach äußeren Merkmalen genau bestimmten Entscheidungen, die an sich dem Prinzip gemäß mündlich sein müßten, bestimmt: „Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen". Mit dieser Wendung ist zugleich gesagt, daß das Ermessen des Gerichts ausschlaggebend sein soll.

Nicht übersehen darf werden, daß nicht immer, wenn sich in diesen Fällen fakultativer mündlicher Verhandlung (fak.m.V.) das Ermessen des Gerichts für einen Verzicht auf die Mündlichkeit entscheidet, dies als Folge eine Durchbrechung des MPr. haben muß. Denn es gibt, wie schon hervorgehoben, mancherlei Mündlichkeit auch außerhalb des Gebiets, auf das begrifflich und gesetzgeberisch das MPr. beschränkt ist. Berücksichtigt man dies, so ergeben sich für unsere ZPO. in ursprünglicher Fassung folgende Fälle fak. m. V., bei denen dem richterlichen Ermessen ein Abgehen vom Mündlichkeitsprinzip möglich ist:

§§ 37 (Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts), 46, 49 (Gesuch um Ablehnung eines Richters, Gerichtsschreibers), 102 (Verurteilung des Gerichtsschreibers usw. zu verschuldeten Prozeßkosten), 104 (Kostenfestsetzungsgesuch), 125 (Gesuch ums Armenrecht), 174 (Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten), 204 (Bewilligung öffentlicher Zustellung), 225 (Abkürzung oder Verlängerung einer Frist), 248 (Aussetzung des Verfahrens), 319 (Berichtigung von Schreibfehlern usw.), 339 (Bestimmung der Einspruchsfrist bei Zustellung im Ausland), 490 (Gesuch um Beweissicherung), 573 (Entscheidung über die Beschwerde), 707, 719 (einweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bei Wiedereinsetzungsantrag, Rechtsmitteleinlegung), 732 (Einwendungen, die die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen), 769, 771 (Einstellung der Zwangsvollstreckung bei Einwendungen nach §§ 767, 768 und bei Widerspruchsklage), 805 (Anordnung der Erlöshinterlegung bei der Klage auf vorzugsweise Befriedigung), 891 (Ermächtigung des Gläubigers, eine Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen; Anhalten des Schuldners zu einer Handlung durch Geldstrafen), 921 (Entscheidung über das Arrestgesuch), 937, 942 (Erlassung einer einstweiligen Verfügung, evtl. mit Fristbestimmung).

Die Wendung: „Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen" ist geeignet, eine unrichtige Vorstellung darüber zu erwecken, in welcher Wahlmöglichkeit eine Durchbrechung des MPr. liegt. Es möchte nämlich auf den ersten Blick so erscheinen, als ob, wenn das Gericht eine mündliche Verhandlung stattfinden läßt, dies dem Prinzip entspreche, wenn es keine mündliche Verhandlung anordnet, dies ihm widerspreche. Allein so ist es nicht. Zunächst hat das Gericht nicht zwei, sondern drei Wahlmöglichkeiten: Es kann überhaupt ohne Ver-

handlung entscheiden, also lediglich auf ein Gesuch hin, ohne der anderen Partei die Möglichkeit einer Gegenäußerung zu geben; es kann zweitens eine schriftliche Verhandlung stattfinden lassen und drittens eine mündliche Verhandlung anordnen. Soweit es ohne eine Verhandlung überhaupt entscheidet, kann deshalb nie eine Ausnahme vom MPr. vorliegen, weil sich dieses nur auf Erklärungen bezieht, die eine Verhandlung darstellen. Klar zutage liegt hingegen die Ausnahme vom Prinzip, wenn sich das Gericht für die zweite Möglichkeit entscheidet. Denn wenn es ermächtigt wird, n a ch schriftlicher Verhandlung zu entscheiden, ist es auch ermächtigt, a u f Grund derselben zu entscheiden, da sonst die Ermächtigung wertlos wäre. Das Gericht kann also schriftliches Prozeßmaterial seiner Entscheidung zu Grunde legen, ohne daß dies in einer mündlichen Verhandlung vorgetragen sein müßte. Eine Ausnahme vom MPr. ist aber auch die Folge, wenn sich das Gericht entschließt, eine mündliche Verhandlung stattfinden zu lassen. Denn weil das Gericht eine mündliche Verhandlung gar nicht brauchte, ebensowohl auf Grund schriftlichen Prozeßmaterials entscheiden könnte, kann, wenn es im Interesse besserer Aufklärung doch eine mündliche Verhandlung anordnet, diese nicht die übliche Bedeutung einer ausschließlichen Quelle des bei der Entscheidung benutzbaren Streitstoffes haben. Es muß also auch das schriftliche Material, das nicht Gegenstand mündlicher Verhandlung war, berücksichtigungsfähig sein. Hoffmann weist in seiner Dissertationsschrift über die fak. m. V. (S. 24 ff.) zutreffend auch darauf hin, daß sich in diesen Fällen das Gericht schon eingehend mit dem in den Akten niedergelegten Stoff beschäftigt hat, bevor es mündliche Verhandlung anordnet, daß ihm daher nicht zugemutet werden kann, all diesen Stoff aus seinem Gedächtnis zu streichen; ferner darauf, daß die Terminsbestimmung widerruflich ist, das Gericht also in jedem Augenblick zum schriftlichen Verfahren übergehen kann; sowie auf die Wendung im hannoverschen und norddeutschen Entwurf: „Die Entscheidung kann in beratender Sitzung erfolgen", die von der ZPO. durch die Wendung: „kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen" nur aus redaktionellen Gründen ersetzt wurde. Demgegenüber greift der Einwand der Gegenmeinung (z. B. Fischer in Gruchot 25 S. 643 ff.), die ZPO. kenne nur einen einheitlichen Begriff der mündlichen Verhandlung nicht durch. Denn der Begriff der mündlichen Verhandlung wird dadurch, daß sie nicht einzige Entscheidungsgrundlage ist, nicht berührt. Er gestattet vielmehr, daß die mündliche Verhandlung auch bloß den Zweck ergänzender Information habe.

2. Abschnitt.

Die Einschränkungen des Mündlichkeitsprinzips durch die Novellen von 1898, 1905 und 1909.

I. Angesichts der früher auf ihre Gründe hin untersuchten großen Wertschwankungen der Mündlichkeit auf dem Gebiete des Zivilprozesses sollte man glauben, hätte sich die Gesetzeskritik sofort nach Entstehung unserer ZPO. mit der wichtigen Frage beschäftigt, ob dieselbe auch überall dort, wo die Nachteile der Mündlichkeit überwiegen, ein zweckmäßiges Abgehen vom MPr. ermöglicht, ob die Zulassung von Ausnahmen den Bedürfnissen des Lebens entspreche. Diese Frage blieb jedoch vorerst ununtersucht. Das hatte zwei Gründe.

Einmal war um die Entstehungszeit der ZPO. der große Meinungskampf um die Frage: Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des Prozesses noch nicht völlig zu Ende gekämpft. Zwar hatte die gewaltige Opposition gegen die Schriftlichkeit des gemeinen Prozesses insofern bereits einen vollen Erfolg erzielt, als es schon Mitte des 19. Jahrhunderts kaum mehr einen überzeugten Anhänger der gemeinrechtlichen Schriftlichkeit des Prozesses gab. Allein es war der Schriftlichkeit gelungen, sich in neuzeitliche Gesetzgebungen hinüberzuretten und da in verschleierter Form fortzubestehen, so daß sie in ihrer Existenz zum großen Teil unerkannt blieb. So war besonders der preußische Prozeß nach den Novellen vom 1. VI. 1833 und 21. VII. 1846 tatsächlich ein schriftlicher Prozeß. Seine „mündliche Schlußverhandlung" war ein ganz bedeutungsloses Anhängsel, das dem Prozeß den Schein der Mündlichkeit zu verleihen geeignet war. Noch viele Jahre, nachdem unsere ZPO. ins Leben getreten war, gab es in Preußen eine große Gruppe namhafter Männer der Wissenschaft und Praxis, die lieber auf die durch die ZPO. gebrachte Rechtseinheit als das scheinmündliche preußische Verfahren verzichtet hätten. (Otto Bähr). Gegen solche Fürsprecher

und Verteidiger der modernen Schriftlichkeit, wie sie besonders den preußischen Prozeß beherrschte, galt es also weiter anzukämpfen und so ist es nur zu begreiflich, daß hiebei die moderne Anschauung von der grundsätzlich besseren Brauchbarkeit der Mündlichkeit im Prozeß mit einem gewissen Radikalismus das MPr. propagierte. Dieser Radikalismus mußte aber seinerseits wieder zu einseitig unkritischer Einstellung gegenüber dem MPr. führen. So ist es kein Wunder, daß man im Eifer des Kampfes gegen die Schriftlichkeit die Frage unerörtert ließ, ob das MPr. von der ZPO. nicht mit zu großer Starrheit durchgeführt war.

Das völlige Uebergehen dieser Frage hat noch einen zweiten Grund. Die ZPO. brachte nämlich für Deutschland, wo es bis dahin eine Menge verschiedenster Prozeßsysteme gegeben hatte, mit der Rechtseinheit auch den Bruch mit den meisten Grundlagen der bisherigen Prozeßsysteme. Das mußte in der Prozeßliteratur zu ungezählten kritischen Betrachtungen über Wesen und Wert der neuen Prozeßgrundlagen führen. Und da die größte grundlegende Neuheit der ZPO. die seit vielen Jahrzehnten mit Leidenschaft angestrebte Mündlichkeit des Verfahrens war, konzentrierte sich der Streit der Meinungen besonders auf die Mündlichkeit und das Mündlichkeitsprinzip. Wurde die Zweckmäßigkeit des letzteren von den Anhängern des preußischen Prozesses entschieden bestritten, so herrschte über seinen Begriff selbst unter seinen eigenen Freunden größte Meinungsverschiedenheit. So gab es eine Gruppe von Mündlichkeitsfanatikern, die aus dem Prinzip die Folgerung zogen, daß die Schrift für das Gericht weder als Mittel der Vorbereitung auf die m. V. noch als Gedächtnisstütze für die Fällung der Entscheidung irgendwie in Betracht kommen dürfe. Daher verlangten die Radikalsten die gänzliche Beseitigung der Akten. Solche angebliche Folgerungen des Prinzips wurden wieder von anderen, von Doktrinarismus freieren, realer denkenden Männern aufs heftigste bekämpft. Es ist nicht verwunderlich, daß man über diesen von den größten Prozessualisten der Zeit geführten erbitterten Meinungskämpfen um Wert und rechte Auffassung des MPr. die an sich zwar hochwichtige, aber unter der Unmenge größter die Zeit bewegender Probleme doch eine verhältnismäßig geringfügige Rolle spielende Frage unbehandelt ließ, ob die Durchführung des MPr. in der ZPO. den praktischen Bedürfnissen des Lebens entspreche.

Mit dem allmählichen Absterben und Aussterben der Generation von Männern, die unter dem preußischen Prozeßrecht groß geworden waren und ihm bis in den Tod treue Anhänglichkeit bewiesen, indem sie das neue Recht und seine Grundlagen verwarfen und bekämpften, mußte die herrschende Richtung mehr und mehr ihren radikalen Kampfgeist verlieren. Auch

kristallisierten sich aus den Meinungskämpfen um die Grundlagen des neuen Rechts allmählich in immer steigendem Maße feste Erkenntnisse heraus. Nachdem so die Zeit die Gemüter gemäßigter und besonnener gemacht hatte und die Anhänger des MPr. zu selbstkritischen Betrachtungen mehr Muße hatten, gab die Entstehung der österreichischen ZPO. zur Untersuchung jener Frage den entscheidenden Anstoß. Franz Klein, ihr genialer Schöpfer, baute sein großes Werk im wesentlichen nach dem Vorbild unserer ZPO. Er trug aber auch der Tatsache Rechnung, daß sich in Deutschland wie in Oesterreich die allgemeine Staatsauffassung gewandelt hatte. So legte er auch seinem Werk an Stelle der liberalen die soziale Staatsidee zugrunde. Der Prozeß galt ihm als „Fall sozialer Not". Er sollte daher eine Verwaltungs- und Wohlfahrtseinrichtung sein. So kommt es, daß bei Regelung aller Prozeßfragen der Zweckmäßigkeitsgedanke dominiert. Auch bei der Regelung der Erklärungsform. Zwar stellt auch die österreichische ZPO. in § 176 für die Verhandlung der Parteien den Mündlichkeitsgrundsatz auf. Allein von diesem gestattet sie viel weitgehendere Ausnahmen als die deutsche ZPO. in ihrer ursprünglichen Fassung. (Vgl. die §§ 177 II, 245, 193 III). So kann z. B. das gesamte Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich sein. Bezeichnend für diese nachgiebige Durchführung des MPr. ist eine Stelle in den „Erläuternden Bemerkungen" (der Begründung): „Man hat geraume Zeit die Bedeutung gewisser Prozeßformen stark überschätzt. Der übertriebene Kultus der Form macht das Mündlichkeitsprinzip zu etwas Absolutem, als ob die Mündlichkeit schon kraft ihres Daseins die größten Vorteile bieten möchte".

Dieser neue Geist des österreichischen Gesetzes wirkte auch hinüber nach Deutschland und konnte sich hier auch gleich praktisch-gesetzgeberisch auswirken, wenn auch vorerst nur schüchtern und bescheiden.

In Deutschland machte nämlich gerade die Verabschiedung des BGB. durch den Reichstag eine Neufassung der ZPO. nötig. Indes beschränkte man sich nicht ganz auf die Anpassung beider Gesetze, sondern benützte die Gelegenheit auch zur Beseitigung einiger fühlbar gewordener prozeßtechnischer Mängel und zur sozialeren Ausgestaltung namentlich der Zwangsvollstreckung. Bei derartigen Maßnahmen hatte man dann auch Gelegenheit, da und dort das MPr. Nützlichkeitserwägungen unterzuordnen. Dabei handelt es sich freilich nicht um Prozeßtatbestände, die schon bisher existierten und dem Prinzip unterstanden, sondern um neu geschaffene, die bisher dem Prinzip gar nicht unterstehen konnten, ihm aber unterstanden hätten, wenn nicht die 1. No-

velle zur ZPO. v. J. 1898 bestimmt hätte: „Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen".

Es sind dies folgende Fälle:

1) § 107 III: Berichtigung der rechtskräftigen Kostenfestsetzung entsprechend dem nachträglich festgesetzten Streitwert.

2) § 109 III: Bestimmung einer Frist durch das Gericht bei Wegfall der Veranlassung für eine Sicherheitsleistung.

3) § 207: Bewilligung der Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten bei unbekanntem Aufenthalt des Prozeßbevollmächtigten.

4) § 715: Anordnung der Rückgabe der vom Gläubiger geleisteten Sicherheit bei Vorlage eines Rechtskraftzeugnisses.

5) § 785: Erledigung gewisser Einwendungen des Erben bei der Zwangsvollstreckung.

II. Um die Zeit dieser ersten Reform unserer ZPO. hatte sich allüberall in Deutschland bereits eine große Unzufriedenheit mit der Ordnung unseres Verfahrensrechts wie mit der Zivilrechtspflege selbst breit gemacht. Das hatte seine Ursache z. T. in den heftigen Angriffen, die seit Jahrzehnten auf die neuen Grundlagen der ZPO. von den verschiedensten Seiten unternommen wurden, mochten diese Angriffe auch zu einem guten Teil ganz ungerechtfertigt sein. Auch solche schmälern ja bekanntlich, wenn jahrelang unablässig erhoben, das allgemeine Ansehen einer Einrichtung. Zu dieser allgemeinen Stimmungszerstörung durch die ununterbrochene Bekämpfung des geltenden Gesetzes kam noch die durch unrichtige, lebensentfremdete Auslegung seiner grundlegenden Bestimmungen hervorgerufene hinzu. Ungezählte Gegnerschaften der ZPO. haben hier ihren Ausgangspunkt. Mußte nicht jeder, dem das Leben mehr galt als eine angebliche Folgerichtigkeit des Gesetzes, zum Feind der Neuregelung werden, der der Lehre Glauben schenkte, nach dem „Geist" der ZPO. sei eine Vorbereitung des Richters auf die m. V. oder ein Notizenmachen in ihr verboten oder, was auch dem „Geist" des MPr. als allein entsprechend hingestellt wurde, es müsse in jeder neuen m. V. bei Gefahr der Nichtbeachtung alles in früheren Verhandlungen schon Vorgebrachte wieder vorgebracht werden — nach Wach das „Prinzips des Wiederkäuens" —? Aber auch diejenigen, die das Gesetz richtig verstanden, mußten unzufrieden werden, nicht mit dem Gesetz an sich, sondern mit der Zivilrechtspflege selbst, in die der auf dem Gebiet der Theorie entstandene lebensfeindliche Geist zu einem großen Teil eingedrungen war. Der angerichtete Schaden war jedermann äußerlich sichtbar in der entsetzlich langen Dauer der Prozesse bei vielen Gerichten.

Wie sehr die übermäßig lange Prozeßdauer bereits bei Beratung der Novelle 1898 ein Stein des Anstoßes gewesen war, bezeugen die Verhandlungen des Reichstags über diese Novelle, wo namentlich der Abgeordnete Trimborn lebhafte Klage über die Dauer unserer Prozesse führte. Und vor der Reichstagskommission erklärte ein Regierungsvertreter: „Es ist das einstimmige Urteil der Praxis, daß der Hauptübelstand des gegenwärtigen Zivilprozesses in der Häufigkeit der Vertagungen besteht."

In diese Zeit der Unzufriedenheit mit unserem Prozeß, die besonders auch in dem Beginn der Sondergerichtsbewegung sich äußerte (1890 Gewerbegerichtsgesetz), fiel nun die Kunde, daß sich das neue österreichische Prozeßrecht in der Praxis hervorragend bewährte. Als gar die ersten statistischen Zahlen bekannt wurden, war man in Deutschland über die eigenen Verhältnisse geradezu unglücklich und viele bejubelten den österreichischen Prozeß als das Muster eines zu schaffenden deutschen Prozesses. Selbst ein so besonnener, von Ueberschätzung fremden Rechts so ganz freier Prozessualist wie Wach erklärte, die österreichische Statistik „erscheine beschämend, ja niederschmetternd". Wie konnte er auch anders, wenn sich aus ihr z. B. ergab, daß im Jahre 1897 in Oesterreich vor den Bezirksgerichten 87,1 %, vor den Landgerichten 54,1 % der Streitsachen in weniger als 3 Monaten erledigt wurden, während die entsprechenden Zahlen in Deutschland 63,5 % und 25,9 % waren?

Seit dieser Zeit begann denn auch in Deutschland die aufs höchste gestiegene Unzufriedenheit mit der unverhältnismäßig langen Dauer unserer Prozesse ein bis in die Gegenwart hinein sich fortsetzendes, in seiner Intensität kaum je erlahmendes Suchen und Graben nach den Fehlern des deutschen Zivilprozeßrechts. Bei dieser kritischen Durchleuchtung der ZPO. wurde auch eine Menge ohne Zweifel vorhandener Fehler unseres Prozesses zutage gefördert. Einer dieser Mängel, über den fortan mit Unermüdlichkeit diskutiert wurde, war auch die Ueberspannung des MPr. durch die deutsche ZPO.

Ungezählt sind die Reformvorschläge, die im Laufe der Jahre für eine zweckmäßige Einschränkung des MPr. gemacht wurden. Einen guten Ueberblick über sie gibt Degen in seinem großen Referat auf dem 31. Juristentag. Sie teilen sich hienach in solche, die das Prinzip für alle Verhandlungen aller Rechtszüge, und in solche, die es nur für einzelne Vorgänge, Rechtszüge, besondere Verfahrensteile einschränken wollen. Zu den ersteren Vorschlägen, die im Gegensatz zu letzteren eine dem Gesetz bis dahin noch völlig fremde Neuheit bedeuteten, zählten besonders die Vorschläge gemeinhin zulässiger fakultativer Schrift-

lichkeit. Im einzelnen unterscheiden sich diese Vorschläge dadurch voneinander, daß die einen die Schriftlichkeit nur zulassen wollen, wenn beide Parteien und das Gericht einverstanden sind, nach anderen das Einverständnis beider Parteien, nach anderen auch das Einverständnis des Gerichts und einer Partei genügen, wieder nach anderen allein das Ermessen des Gerichts entscheiden soll. Zu den Vorschlägen, die das MPr. nur für einzelne Verfahrensteile und Vorgänge einschränken wollten, gehörte z. B. der Vorschlag, das Versäumnisverfahren schriftlich zu erledigen, oder bei mangelnden Prozeßvoraussetzungen oder offenbarer Unschlüssigkeit der Klage die Sache ohne m. V. zu erledigen. Von einer erschöpfenden Darstellung der Reformvorschläge kann hier Abstand genommen werden.

So zahlreich und z. T. kühn die gemachten Vorschläge waren, so zögernd folgte vorerst die Gesetzgebung dem Zuge der Zeit nach Einschränkung des MPr. Die Novelle vom 5. 7. 05 vermehrte die Zahl der Fälle, wo die Entscheidung ohne vorgängige m. V. erfolgen kann, nur um einen einzigen: Nach § 554a ist die Entscheidung darüber, ob die Revision an sich statthaft und ob Einlegung und Begründung in der gesetzlichen Form und Frist erfolgt sei, fakultativ mündlich. Ebenso nach § 556 bei Anschlußrevision. Gewiß hängt bei der Novelle 1905 das gar behutsame Vorwärtsgehen der Gesetzgebung auf dem 1898 beschrittenen Wege in erster Linie mit dem auf die Entlastung des Reichsgerichts im wesentlichen beschränkten Zweck der Novelle, dem auch die §§ 554a und 556 dienen wollen, zusammen. Aber schon, daß sich die Gesetzgebung jener Tage trotz des Drängens unruhiger Geister diese Zweckbeschränkung auferlegte, zeugt von besonnener Zurückhaltung.

III. Besonnene Zurückhaltung zeigte auch die eine allgemeinere Reform des Zivilprozesses anstrebende Novelle 1909, obwohl Wach schon anläßlich derselben sagte, daß die Unrast nun auch im Justizministerium Gast geworden zu sein scheine. Er macht aber offenbar diese Bemerkung aus anderen Gründen, als deshalb, weil sie das MPr. weiter eingeengt hat. Eingeleitet wurde das Gesetzgebungswerk von 1909 durch einen Initiativantrag des Reichstags vom 10. 6. 04, der verlangte, unverzüglich eine allgemeine Reform des Zivilprozeßverfahrens, besonders des amtsgerichtlichen in die Wege zu leiten. So allgemein und weit diese Zielsetzung war, so wenig übereilt ging der Gesetzgeber in jeder Beziehung, auch in der Einschränkung des MPr., vor. Wenn in dieses Prinzip die Novelle 1909 eine weit größere Bresche legte als die beiden früheren Novellen, so ging sie doch in ihren Zugeständnissen an die Entwicklungstendenz keineswegs über das zweckmäßige und vernünftige

Maß hinaus. Im einzelnen liegen die Einschränkungen des MPr. in folgendem:

1) Nach dem neugefaßten § 697 wurde ermöglicht, daß, wer einen zur Zuständigkeit der Landgerichte gehörenden Anspruch im Mahnverfahren geltend macht, bei erfolgtem Widerspruch nicht neu vor dem LG. klagen muß. Das AG. hat sich vielmehr auf Antrag einer Partei für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das LG. zu verweisen. Ist nun der Antrag auf Verweisung schon in dem Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls gestellt, oder mit dem Widerspruch verbunden worden, so kann die Entscheidung über den Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

2) Im § 501, der durch die Novelle zur Beschleunigung des Verfahrens neu geschaffen wurde, findet sich zwar die übliche Formel für die fakultative Mündlichkeit nicht, er ist aber der Sache nach auch nichts anderes als ein Fall fak. Mündlichkeit. Nach ihm kann das Gericht Anordnungen, die nach der Klageschrift oder den vorbereitenden Schriftsätzen dienlich erscheinen, schon vor der m. V. treffen. Es wird dann eine Reihe der wichtigsten Beispiele solcher Anordnungen aufgezählt, so: Ersuchen öffentlicher Behörden um Mitteilung von Urkunden, auf die sich eine Partei bezogen hat; Einziehung amtlicher Auskünfte von öffentlichen Behörden; Ladung von Zeugen, auf die sich eine Partei bezogen hat, und von Sachverständigen; Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien; Anordnung von Augenscheinseinnahme und Begutachtung durch Sachverständige. Da derartige zur Aufklärung des Sachverhältnisses geeigneten Anordnungen das Gericht „schon vor der mündlichen Verhandlung" treffen kann, können sie auch „ohne vorgängige mündliche Verhandlung" erfolgen. Es reiht sich daher § 501 allen den anderen gesetzlichen Bestimmungen an, welche die Mündlichkeit eines bestimmt bezeichneten Verhandlungsteils ins Ermessen des Gerichts stellen.

3) Nicht so § 502 II. Diese im Regierungsentwurf noch nicht enthaltene, erst durch die Justizkommission des Reichstags der Novelle eingefügte Bestimmung stellt eine ganz neue Art der Zulassung von Ausnahmen vom MPr. dar. Während das Gesetz bis 1909 (und auch noch die Novelle von 1909 in den §§ 697 und 501) immer nur für einzelne gesetzlich bezeichnete Prozeßsituationen eine Durchbrechung des Prinzips ermöglichte, läßt § 502 II eine Bezugnahme auf Schriftstücke, also die Berücksichtigung von nicht mündlich vorgetragenen Erklärungen der Parteien, für jegliche m. V. zu. Dabei wollte das Gesetz — und es konnte auch gar nicht anders — das Abgehen vom Prinzip im Einzelfalle nicht allein, wie in jenen

Fällen, dem richterlichen Ermessen überlassen. Dies würde das Gericht zum alleinigen Herrn über die Erklärungsform im Zivilstreitverfahren überhaupt gemacht und die Parteien völlig schutzlos seinen Ermessensfehlern oder gar seiner Willkür preisgegeben haben. In den bisherigen Fällen fak. Mündlichkeit, wo freilich lediglich das Ermessen des Gerichts maßgebend ist, bildet eben die Bezeichnung einer bestimmten Prozeßsituation als Voraussetzung einer Durchbrechung des MPr. einen zwar nicht immer, aber doch zu allermeist wirksamen Schutz der Parteien vor falschem gerichtlichem Ermessensgebrauch. Denn das Gesetz hat nur für solche typische Fälle die fak. Mündlichkeit eingeführt, wo in der Regel die Nachteile der Mündlichkeit größer sind als die Vorteile, in erster Linie also für Entscheidungen von im allgemeinen untergeordneter Bedeutung. In der Erkenntnis, daß sich die Fälle, in denen die Mündlichkeit unzweckmäßig werden kann, durch keine gesetzliche Typisierung im voraus bestimmen lassen, legt die Novelle in § 502 II die in den anderen Fällen fak. Mündlichkeit aufgerichtete Schutzmauer nieder. Sie baute aber in den neu geschaffenen Fall einer generellen fak. Mündlichkeit anderweitige Sicherungen ein, indem sie die Voraussetzungen für eine Abweichung vom Prinzip vermehrte. Es sind im einzelnen folgende:

a) Eine Partei muß auf ein bestimmt zu bezeichnendes Schriftstück Bezug nehmen, d. h. erklären, dessen Inhalt so gelten lassen zu wollen, als ob er von ihr in der mündlichen Verhandlung selbst vorgetragen worden wäre. Es ist dabei (wenn es auch die Regel sein wird) nicht nötig, daß das Schriftstück inhaltlich eine von der bezugnehmenden Partei selbst abgegebene Erklärung ist. So ist es möglich, daß z. B. eine Partei Bezug nimmt auf eine protokollierte Zeugenaussage, um sich den Vortrag eines bestimmten Sachverhalts zu sparen. Es ist also nicht notwendig, daß die in Bezug genommene Erklärung schon an sich eine Erklärung des Bezugnehmenden sei. Durch die Bezugnahme wird auch eine nicht vom Bezugnehmenden stammende Erklärung zu einer Erklärung des Bezugnehmenden, uud zwar, wenn jene schriftlich war, zu einer schriftlichen. Wird sie dann bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen bei der Entscheidung berücksichtigt, so ist das MPr. ebenso durchbrochen wie im Regelfall, wenn die in Bezug genommene Erklärung von der bezugnehmenden Partei selbst stammt.

b) Die andere Partei darf nicht widersprechen. Nicht nötig ist also, daß sie ausdrücklich ihr Einverständnis erkläre. Doch darf das Nichtwidersprechen, da die Voraussetzung zum Schutze der Gegenpartei aufgestellt ist, nicht darauf beruhen, daß sie aus irgend einem Grunde von der Bezugnahme nichts vernimmt.

Dem Vernehmen ist der Fall gleichzustellen, daß sie sich demselben böswillig entzieht.

c) Das Gericht muß die Bezugnahme für angemessen halten.

d) Der Rechtsstreit muß vor dem AG. schweben.

Zu einer Durchbrechung des MPr. ist demnach nach § 502 II stets der Wille dreier Personen erforderlich. Fehlt der Wille einer dieser Personen, so muß mündlich verhandelt werden. Also keine Herrschaft des Gerichts über die Erklärungsform. Ebensowenig steht diese im bloßen Belieben der Parteien. So ist genügend Vorsorge dafür getroffen, daß nicht in ungeeigneten Fällen das MPr. durchbrochen werden kann. Eine begrüßenswerte Regelung, trotz der vielfach geäußerten Bedenken, es würde durch den § 502 II die Schriftlichkeit in den AG.-Prozeß wieder einziehen. Daß die Bestimmung des § 502 II einem dringenden Bedürfnis des Lebens entsprach, beweist der Umstand, daß die neue Durchbrechung des MPr. schon lange vor dem Jahre 1909 in gesetzwidriger Weise von sehr vielen Gerichten tatsächlich geübt wurde, daß also § 502 II für weite Gerichtsbezirke nur die Legalisierung eines tatsächlich geübten Gerichtsgebrauchs bedeutete. Da sich unsere Untersuchung aber nicht mit den rein tatsächlichen, sondern nur mit den gesetzgeberischen Einschränkungen des MPr. befaßt, verliert für uns die Bestimmung des § 502 II trotz ihres weithin, vielleicht sogar überwiegend legalisierenden Charakters nicht die Bedeutung eines wichtigen Marksteins in der Entwicklung zu einer Lösung der Ueberspannung des MPr. Sie ist diesem Ziele viel näher gekommen als die Vermehrung der Fälle spezieller fak. Mündlichkeit durch die Novellen 1898, 1905, 1909, indem sie die generelle fak. Mündlichkeit brachte, freilich nur für den AG.-Prozeß.

3. Abschnitt.

Die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nach den Novellen 1915 und 1923 und das Schiedsverfahren.

A. Alle Reformvorschläge, die seit der vorzüglichen Bewährung der österreichischen ZPO. in der Prozeßliteratur Deutschlands zur Beschleunigung des deutschen Prozesses gemacht wurden, hatten keinen anderen Zweck als den der Prozeßverbesserung. Oft wurde dabei freilich nicht genügend beachtet, daß die Güte eines Prozesses die Resultante aus Gewährleistung der Richtigkeit der Entscheidungen und der Raschheit des Verfahrensganges ist, also daß seine Güte nicht nur, ja nicht einmal in erster Linie, in der Raschheit besteht. Daher haftet so vielen Reformvorschlägen, die nur auf Beschleunigung des Verfahrens abzielen und außer acht lassen, daß unter Umständen die Richtigkeit unter der Beschleunigung leiden kann, der Fehler der Einseitigkeit an.

Der Gesetzgeber hat ihn bei seinen ersten Reformen, jedenfalls soweit er die Beschleunigung durch das Mittel der Einschränkung des MPr. erstrebte, gemieden. Kaum irgendwo läßt er durch eine Beschleunigungsmaßregel die Richtigkeit der Entscheidung gefährden. Freilich versucht auch er, wie alle Reformvorschläge es tun, die Steigerung der Güte des Prozesses fast nur von der Seite der Raschheit her. Aber trotzdem kann man ihm nicht den Vorwurf einer die Güte des Prozesses außer acht lassenden Einseitigkeit machen, weil nach der weit überwiegenden Meinung die ZPO. schon in ihrer ursprünglichen Fassung die Sicherheit der Entscheidungsgrundlage in hinreichendem Maße gewährleistet hatte.

Auch insofern gleichen sich die gesetzgeberischen Reformen und die gemachten Reformvorschläge nicht, als zwar beide dem

Motiv der Gesetzesverbesserung entspringen, bei ersteren aber außer der gesetzespolitischen auch andere, besonders fiskalische Motive mitspielen. Denn der Gesetzgeber ist der Staat, und der Staat muß mit dem Gelde rechnen. Das Geld aber ist auch beim Staat nie in gleicher Menge vorhanden. Es gibt Zeiten, wo der Staat reich, und solche, wo er arm ist. Je reicher der Staat ist, umsomehr fallen finanzielle Gesichtspunkte bei seiner Gesetzgebung ins Gewicht, und umgekehrt. So konnte es auch gar nicht anders sein, als daß in den Zeiten der allgemeinen Wohlhabenheit vor dem Weltkrieg das fiskalische Motiv bei den gesetzgeberischen Maßnahmen zur Beschleunigung des Prozesses zwar nicht fehlte, aber doch außerordentlich leicht wog.

Das mußte völlig anders werden mit dem Ausbruch des Weltkrieges. Dieser nötigte von Anfang an den Staat zu äußerster Sparsamkeit, auch auf dem Gebiet der Rechtspflege. Da diese nicht einfach eingestellt werden konnte, stand dem Sparen hier nur der Weg einer Verkürzung der Prozesse offen, die umso notwendiger war, als durch die Verminderung der Zahl der Justizbeamten infolge Einberufung zum Heer eine weit über den Zustand der Vorkriegszeit hinausgehende Verlangsamung der Prozesse erfolgen mußte. Es galt, durch vereinfachende und beschleunigende Mittel wenigstens die bereits eingetretenen und noch zu erwartenden unerträglichen Auswüchse dieser Prozeßverzögerung zu beschneiden. Dieser Versuch wurde auch schon ein Jahr nach Kriegsausbruch durch die auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 4. August 1914 erlassene Bundesratsverordnung zur Entlastung der Gerichte vom 9. September 1915 (E. V.) gemacht.

Sie sucht in ihrem § 23 eine Prozeßbeschleunigung auch durch eine Einschränkung der Mündlichkeit herbeizuführen, indem sie darin bestimmt: „Sind die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten, so kann mit deren Einverständnis ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, wenn das Gericht den Sach- und Streitstand auf Grund einer früheren mündlichen Verhandlung und nach dem Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme für hinreichend geklärt erachtet. Diese Vorschriften finden in dem Verfahren vor dem OLG. und vor dem Revisionsgericht keine Anwendung."

An diese Bestimmung knüpfte sich unter vielen anderen auch die Streitfrage, ob nach der früheren m. V. gewechselte Schriftsätze Berücksichtigung finden könnten. Von ihrer Beantwortung hängt es ab, ob die neue Bestimmung nicht nur eine Einschränkung der Mündlichkeit, sondern des MPr. in dem früher dargelegten Sinne bedeutete. Die Streitfrage, die heute nicht

mehr von praktischer Bedeutung ist, weil — wovon später noch die Rede sein wird — der § 23 heute nicht mehr gilt, wurde überwiegend verneint. Dies war sicher auch das Richtige. Denn der Wortlaut des § 23 brachte es deutlich zum Ausdruck, daß die Erklärung des Sachverhalts auf Grund früherer Verhandlung oder Beweisaufnahme erfolgt sein mußte. Es durfte also der Entscheidung nach § 23 nur solches tatsächliche Parteivorbringen zugrunde gelegt werden, das in einer m. V. in den Prozeß eingeführt war. Die Bedingung, die der § 23 in seinem Wenn-Satz aufstellt, ist nicht erfüllt, wenn die Klärung des Sachverhalts außer durch frühere m. V. auch noch durch bloß bei Gericht eingereichte und dem Gegner zugestellte, nicht in einer m. V. in Bezug genommene Schriftsätze eingetreten ist.

Ist sonach der Wortlaut des § 23 ganz eindeutig, so zwingt auch die amtliche Begründung zu keiner anderen Auslegung. Im Gegenteil, sie spricht ebenfalls für die Verneinung der Frage, ob nach der m. V. eingereichte Schriftsätze verwendet werden könnten. So wenn sie u. a. sagt: „... § 23 läßt die für das geltende Zivilprozeßrecht maßgebenden Grundsätze im wesentlichen unberührt." Dies würde die Begründung gewiß nicht aussprechen, wenn sie davon ausginge, daß nicht vorgetragene Schriftsätze Entscheidungsgrundlage bilden könnten. In diesem Falle wäre das MPr. in weitgehendem Maße durchbrochen. Wenn die Begründung aber sagt „im wesentlichen", so ist der Grund der, daß sie offensichtlich bei den maßgebenden „Grundsätzen" in erster Linie an die Bestimmung des § 285 II denkt, wonach das Ergebnis einer nicht vor dem erkennenden Gericht erfolgten Beweisaufnahme diesem von den Parteien vorgetragen werden muß. Darum sagt sie auch an anderer Stelle: „§ 23 will die Notwendigkeit einer nochmaligen mündlichen Verhandlung nur da beseitigen, wo die Schlußverhandlung schon bisher tatsächlich nicht viel mehr als eine bloße Form gewesen ist." Das traf gerade nach kommissarischer Beweisaufnahme regelmäßig zu.

Der Ansicht, daß nach § 23 eine Berücksichtigung nicht mündlich vorgetragenen Stoffes nicht möglich sei und daß infolgedessen § 23 keine Einschränkung des MPr., wenn auch eine Einschränkung der Mündlichkeit bedeutete, waren auch Heilberg JW. 1915 S. 1105 ff., 1512 ff., Wach JW. 1915 S. 1102 ff., Neumiller ZfR. i. B. 1915 S. 313 ff. A. M., Trendelenburg JW. 1915 S. 1064 ff., der ohne gesetzlichen Anhaltspunkt annimmt: „Eine Berücksichtigung des Inhalts vorbereitender Schriftsätze, die noch nicht mündlich vorgetragen sind, ist nicht ausgeschlossen, wenn die Rechtsanwälte darüber einig sind, daß die Schriftsätze als vorgetragen gelten sollen. Das gleiche gilt

von Urkunden, die nach der mündlichen Verhandlung vorgelegt worden sind."

B. So wenig wie die Verordnung vom 9. 9. 15 brachten auch sämtliche anderen während des Krieges erlassenen, eine Beschleunigung des Prozesses bezweckenden Verordnungen eine Einschränkung des MPr. Das ist deshalb umso bedeutsamer, als der Krieg den Gesetzgeber auch auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts zu einer sich immer mehr steigernden Massenproduktion von Gesetzen zwang. Aber der Gesetzgeber scheute davor zurück, den der Zivilrechtspflege durch den Krieg drohenden Gefahren mit Eingriffen in die großen Prozeßprinzipien zu begegnen. Er verschloß sich keineswegs der Erkenntnis, daß auch an ihnen im Interesse der Beschleunigung und Verbesserung unseres Verfahrens Reformen vorgenommen werden könnten und müßten. Aber er hielt die unruhige, die allgemeine Aufmerksamkeit auf andere, größere Fragen abziehende Zeit des Krieges für ungeeignet zu einem Eingriff in die Fundamente unseres Prozesses. Mit gutem Recht. Denn Mittel zur Beschleunigung des Prozesses gibt es in Fülle. Warum hätte er gerade auch zum riskantesten greifen sollen? Zudem war damals auch die Ueberzeugung eine ganz allgemeine, daß bald nach dem Krieg eine große Prozeßreform kommen müsse, nachdem so viele Bestimmungen nur mit Rücksicht auf die Kriegsverhältnisse getroffen wurden, nur aus der Not des Augenblicks geborene Maßnahmen aber für die normalen ruhigen Zeiten des Friedens nicht tragbar erschienen. Eine Neugestaltung unseres Verfahrensrechtes unter Verwertung der mit den Kriegsbestimmungen gemachten Erfahrungen war für die erste Nachkriegszeit schon in Aussicht genommen. Sie sollte nach Absicht des Gesetzgebers vor allem auch die Reform an den Prozeßprinzipien, besonders eine weitergehende Einschränkung des MPr. bringen. Bis dahin, so hoffte man damals allgemein, wäre der Staat auch der großen Finanznot des Krieges wenigstens teilweise entwachsen, so daß er an die notwendigen Reformen mit mehr sachlicher Einstellung auf den Zivilprozeß selbst, nicht mehr allzu sehr geleitet von finanziellen Erwägungen, herangehen könnte.

Allein der unglückliche Ausgang des Krieges und die mit ihm Hand in Hand gehende Staatsumwälzung enttäuschte solche Hoffnungen. Als im Jahre 1920, nachdem das wankende Staatsgefüge wieder einigermaßen stabilisiert war, durch Einberufung einer Sachverständigenkonferenz seitens des Justizministeriums mit den Vorarbeiten der Prozeßreform begonnen wurde, war das noch nicht die Zeit friedlicher Entwicklung, innerer Festigung und finanzieller Erleichterung, in welche die große Zivilprozeßreform ursprünglich verlegt werden sollte. Infolge der ihm auf-

erlegten Tributzahlungen war der Staat ärmer als je. Aber da ein Ende solcher Zeit der Staatsverarmung gar nicht abzusehen war, entschloß man sich dennoch, die große Reform in Angriff zu nehmen.

Drei Jahre schon hatte eine Zivilprozeßkommission, welche die Nachfolgerin jener Sachverständigenkonferenz gewesen war, sachlich gearbeitet; da kam die Katastrophe der Inflation, der völlige Zusammenbruch der deutschen Währung. Was hatte es da noch für einen Sinn, einen Zivilprozeß zu führen? Seine Dauer machte ja stets den Schuldner zum Sieger. Infolge des berüchtigten diese Zeit beherrschenden Satzes, daß Mark gleich Mark sei, war der Zivilprozeß, soweit Forderungen in Frage standen, als Mittel der Rechtsverwirklichung einfach untauglich geworden. Die Folge war, daß eine massenhafte Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit einsetzte. Mochten hier weniger Rechtsgarantien den Parteien schirmend zur Seite stehen, es bestand für den Gläubiger infolge der ganz anderen Schnelligkeit des Verfahrens wenigstens die Aussicht, zu seinem Geld zu kommen. Freilich auch nur, wenn sich der Schuldner auf einen Schiedsvertrag einließ. Andernfalls war der Gläubiger so gut wie schutzlos, entrechtet. Der staatlichen Gerichtsbarkeit drohte eine völlige Durchlöcherung; das wichtigste Hoheitsrecht des Staates drohte gänzlich illusorisch zu werden. Da glaubte 1923 der Gesetzgeber mit einer vorläufigen Prozeßreform, die wenigstens etwas der Diskreditierung der Ziviljustiz abhelfen könnte, nicht mehr warten zu dürfen.

Im Frühjahr 1923 begann diese gesetzgeberische Aktion, zum Abschluß kam sie jedoch wegen der großen politischen und wirtschaftlichen Geschehnisse des Jahres 1923 erst Ende dieses Jahres und zwar zu einer Zeit, da die Inflation selbst bereits überwunden, die Festigung der Währung allerdings noch nicht gesichert war und deshalb der Gesetzgeber trotz Beseitigung der Inflation die durch sie veranlaßte Teilreform durchführen wollte. Vielleicht wäre auch die ganze gesetzgeberische Aktion im Sand verlaufen, sicher wäre sie noch nicht Ende 1923 zum Abschluß gelangt, hätte nicht der Gesetzgeber um jene Zeit vorübergehend seine Gestalt gewechselt. Das Ermächtigungsgesetz vom 8. Dezember 1923 hatte die Reichsregierung zum eigentlichen Gesetzgeber an Stelle des Reichstags gemacht und hatte zugleich den Gang der Gesetzgebung um vieles abgekürzt und glatter gestaltet. So benutzte die Reichsregierung die Gelegenheit, die vorbereitete Teilreform zu vollenden, indem sie die Verordnung zur Beschleunigung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. Dezember 1923 (Beschl.-V.) erließ.

Es ist nur zu begreiflich, daß diese aus den Schrecken der Inflation geborene Verordnung auch an den Grundfesten unseres Prozesses rüttelte und in noch viel weitgehenderem Maße als die Novelle 1915 auch das MPr. einschränkte. Die neuen Einschränkungen des MPr. sind enthalten in den in die Novelle 1915 neu eingefügten §§ 23a, 27a, 27c. Der bisherige § 23 erhielt einen völlig veränderten Inhalt. Er lautete jetzt: „Die Vorschrift von § 501 ZPO. findet auch in dem Verfahren vor dem LG. und den OLG. Anwendung. Die erforderlichen Anordnungen hat der Vorsitzende oder ein von ihm bestimmtes anderes Mitglied des Gerichts zu treffen." Der neue § 23 verallgemeinert also den Gedanken des durch die Novelle 1909 geschaffenen § 501. § 23 erweitert aber nicht die in § 501 liegende Einschränkung des MPr., weil er die Vorbereitungsmaßnahmen von einer Entscheidung des Vorsitzenden, nicht wie § 501, des Gerichts abhängig macht.

I. Die Einschränkung des MPr. durch den neuen § 23a.

Die Novelle 1923 hob den § 23 der Verordnung von 1915 durch Artikel I A 1 auf und ersetzte ihn durch § 23a, der lautet: „Mit Einverständnis der Parteien kann das Gericht eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung treffen." Zu einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ist also jetzt nicht mehr erforderlich, daß die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten sind, daß es sich um ein nicht vor dem OLG. oder Revisionsgericht schwebendes Verfahren handelt, daß das Gericht den Sach- und Streitstand auf Grund einer früheren mündlichen Verhandlung und nach dem Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme für hinreichend geklärt erachtet.

Der Wegfall dieser letzten Bedingung gibt dem neuen § 23a eine völlig veränderte Bedeutung. Jetzt ist es nicht mehr notwendig, daß die Entscheidung auf Grund der in einer m. V. erfolgten Klärung des Sach- und Streitstandes ergeht, sondern die Klärung kann auch durch Schriftsätze, deren Inhalt nicht mündlich vorgetragen und nicht in Bezug genommen wurde, eingetreten sein. Daher stellt § 23a im Gegensatz zu seinem Vorgänger, dem alten § 23, nicht nur eine Einschränkung der Mündlichkeit im Prozeß, sondern auch eine Einschränkung des MPr. dar. Daß das Weglassen der Bedingung hinreichender Klärung auf Grund einer m. V. kein bloßes Redaktionsversehen war, beweist die Begründung zu Art. I, wo es u. a. heißt: „Die obligatorische Mündlichkeit soll in eine fakultative in dem Sinne abgeschwächt werden, daß die mündliche Verhandlung zwar auch künftig die Regel bilden soll, daß von ihr aber abzusehen ist, wenn sie von sämtlichen Prozeßbeteiligten für entbehrlich gehalten wird."

Die Einschränkung des Prinzips geht aber nicht so weit, daß der Inhalt des Schriftlichkeitsprinzips Geltung hätte. Denn sonst wären die Parteien, die ihr Einverständnis mit Entsch. ohne m. V. erst im Laufe eines Rechtsstreits erklären, in dessen m. V. sie bereits tatsächliche Erklärungen abgegeben haben, genötigt, dieselben nun noch einmal in schriftlicher Form abzugeben, damit sie bei der zu treffenden Entsch. ohne m. V. berücksichtigt werden könnten. Da würde die Einschränkung des MPr. nicht vereinfachend und beschleunigend, sondern verzögernd wirken. Es kann vielmehr bei der Entsch. ohne m. V. neben schriftlichen Parteierklärungen auch das berücksichtigt werden, was bereits zum Zeitpunkt der Einverständniserklärung Prozeßstoff geworden, in ordnungsgemäßer Form in den Prozeß eingeführt, d. h. entweder mündlich vorgetragen oder mündlich in Bezug genommen war. Dies ist auch die herrschende Meinung. So Stein, Komm. Erl. zu § 7 E. V. (in der Fassung der Verordnung vom 13. 2. 24), Goldschmidt „Die neue ZPO." Erl. zu EV. § 7, Wach DJZ 1924 S. 246 ff., Lucas „Beschleunigungsverordnung" Erl. zu § 23a, Volkmar JW 1925 S. 707 ff., Rosenberg L. S. 326 A.M. besonders Sonnen Erl. zu 251a, der zwar auch nicht zur Berücksichtigung verlangt, daß die Erklärung in schriftlicher Form abgegeben, dagegen aber, daß sie entweder in Schriftsätzen oder in Sitzungsniederschriften und ihren Anlagen enthalten sei. Nach ihm kommt nicht in Betracht, was sonst in früherer m. V. von den Parteien vorgetragen ist, „mag es auch in privaten Vermerken des Richters oder in seinem Gedächtnis genau festgehalten sein". Die Aufstellung einer solchen Bedingung der Prozeßstoffeigenschaft früherer Parteierklärungen hat jedoch im Gesetz keine Stütze.

Im folgenden wird nun im einzelnen untersucht, an welche Voraussetzungen das Ergehen einer Entsch. ohne m. V. gebunden ist. Daß dabei zugleich auf eine größere Anzahl von Streitfragen eingegangen werden muß, ist eine Folge davon, daß der Gesetzgeber der in der Langsamkeit bestehenden Prozeßnot auch durch tiefgehendste Eingriffe in das MPr., diesen Eckpfeiler unseres Prozesses, steuern zu müssen geglaubt hat. Denn mag auch, was von vielen, z. B. Wach (DJZ 1924 S. 246 ff.) oder Lehmann (Im „Neuen Zivilprozeßrecht") geleugnet wird, das Verfahren nach § 23a wegen der Unvoraussehbarkeit der Fälle, in denen die Mündlichkeit unnützer Ballast ist, zweckmäßig sein, mag ferner das Verfahren nach § 23a, — obwohl infolge größerer Bequemlichkeit und des von dieser ausgehenden Anreizes zum Mißbrauch nicht ganz ungefährlich—einem praktischen Bedürfnis entsprechen, das sich sonst auf illegalem Wege gefährlich breit machen würde, so ist es doch aufs entschiedenste zu verwerfen, daß der Gesetzgeber ein auf ganz

neuer Grundlage ruhendes Verfahren einführte, ohne für dieses eine gesetzliche Regelung zu geben. Daher die unzähligen Zweifel bei Anwendung des Gesetzes, die auch bei der Darstellung der Voraussetzungen der Entsch. ohne m. V. nicht völlig zu umgehen sind.

Die Voraussetzungen sind nun im einzelnen folgende:

1) Die Parteien müssen dem Gericht gegenüber übereinstimmend die Erklärung abgegeben haben, daß sie mit der Entsch. ohne m. V. einverstanden sind.

a) Streitgenossen brauchen nicht sämtlich eine solche Erklärung abzugeben. Denn sie führen nicht in ihrer Gesamtheit einen Prozeß, sondern jeder einzelne prozessiert für sich, nur daß die mehreren Prozesse äußerlich zu einem einheitlichen Verfahren zusammengefaßt sind. Jeder Streitgenosse ist, abgesehen von der notwendigen Streitgenossenschaft, in der Führung seines Rechtsstreits von den übrigen Streitgenossen unabhängig. Da § 23a wie jede prozessuale Bestimmung, deren Inhalt nicht das Gegenteil ergibt, eine Regelung des Rechtsstreits als solchen darstellt, kann auch für seinen eigenen Rechtsstreit der einzelne Streitgenosse ohne Rücksicht auf die anderen sein Einverständnis nach § 23a erklären. Anders muß bei notwendiger Streitgenossenschaft, weil hier die Entscheidung der Sache nur einheitlich erfolgen kann, die Notwendigkeit der Einverständniserklärung sämtlicher Streitgenossen angenommen werden, wobei die Vertretungsfiktion des § 62 zu beachten ist. Gl. M. Reinberger Recht 1924 S. 69 ff., Rosenberg L. S. 324. A. M. Baumbach Komm. Erl. zu § 7, der wohl den Unterschied zwischen Rechtsstreit und Verfahren übersieht, wenn er die Zustimmung aller Streitgenossen fordert; warum er gerade bei notwendiger Streitgenossenschaft eine Ausnahme hievon macht, ist nicht ersichtlich.

b) Daß der Nebenintervenient keine Einverständniserklärung abzugeben braucht, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß er nicht Partei ist. Gl. M. Reinberger, Baumbach a. a. O. A. M. Püschel Recht 1924 S. 357 ff., Sonnen Erl. zu § 251a, der die unbegründete Behauptung aufstellt, „Partei" sei i. w. S. zu verstehen. Bleibt hingegen die Hauptpartei untätig, so genügt gem. § 67 das Einverständnis des Nebenintervenienten. Ebenso: Rosenberg L. S. 324.

Weil im Falle des § 69 der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei gilt, muß hinsichtlich der Notwendigkeit seiner Einverständniserklärung dasselbe gelten, wie wenn er wirklich Streitgenosse wäre, d. h. die Notwendigkeit seiner

Einverständniserklärung besteht nicht. Gl. M. Reinberger a. a. O. (ohne Begründung). A.M. Baumbach a.a.O. (ohne Begründung).

c) Eine bestimmte Form der Einverständniserklärung fordert das Gesetz nicht. Das Einverständnis kann daher mündlich oder schriftlich erklärt werden. Das war schon hinsichtlich des § 23 die allgemeine Ansicht: so Heilberg JW. 1915 S. 1105 ff., Trendelenburg JW. 1915 S. 1064 ff. Von der Einverständniserklärung nach § 23a wird dies ebenfalls allgemein angenommen. So Sonnen a. a. O., Goldschmidt Erl. zu § 7 E. V., Freudenthal Erl. zu § 7 E. V., Sydow Erl. zu § 7 E. V., Baumbach a. a. O., Rosenberg L. S. 324. Sonnen ist zuzustimmen, wenn er auch die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers genügen läßt. Denn der schriftlichen Erklärung wird die zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegebene Erklärung von den Prozeßgesetzen häufig gleichgestellt.

d) Zeitlich ist die Abgabe der Einverständniserklärung nur insoweit beschränkt, als sie an die Dauer eines Rechtsstreits gebunden ist. Sie kann naturgemäß nicht mehr vom Augenblick des Erlasses der Entscheidung an abgegeben werden und noch nicht, bevor sich das Gericht mit dem Rechtsstreit irgendwie befaßt hat. Daß Klage bereits erhoben ist, ist nicht nötig. So kann die Einverständniserklärung der Parteien schon gelegentlich der Einreichung der Klage zwecks Terminsanberaumung in schriftlicher Form abgegeben werden.

e) Ausdrücklich braucht die Einverständniserklärung nicht zu erfolgen, sie kann auch stillschweigend zum Ausdruck gebracht werden, muß aber unzweideutig sein. So auch Baumbach a. a. O. Bei einer Anfrage des Gerichts bei den Parteien, ob sie ihr Einverständnis erklären wollen, ist, wenn daraufhin eine Partei schweigt, zu unterscheiden, ob die Anregung inner- oder außerhalb der m. V., also auf mündlichem oder schriftlichem Wege erfolgt. Im ersteren Fall ist die Auslegung des Schweigens Tatfrage, in letzterem kann nie eine Einverständniserklärung angenommen werden, auch dann nicht, wenn das Gericht einer Partei geschrieben hat, es werde ihr Schweigen als Einverständniserklärung auffassen. Denn weil es nicht sicher ist, ob das Schreiben des Gerichts in die Hand der Partei kommt, ist es auch gar nicht sicher, ob das Schweigen auf einem Willensentschluß der Partei beruht. Aehnlich Volkmar Beschl.-V. 1923 Erl. zu § 23a (ohne Begründung). A. M. Lucas Beschl.-V. Erl. zu § 23a und Reinberger a.a.O., die Schweigen niemals als Einverständniserklärung gedeutet haben wollen.

f) Die Einverständniserklärung braucht sich nicht auf die Entscheidung des Rechtsstreits ohne m. V. im ganzen zu be-

ziehen, es ist auch möglich, daß die Parteien ihr Einvernehmen nur damit erklären, daß das Gericht ohne m. V. lediglich über den Grund oder nur über eine bestimmte Höhe des Anspruchs entscheide. Denn wenn es schon möglich ist, über den Anspruch im ganzen ohne m. V. zu entscheiden, so muß es auch möglich sein, über einen Teil eines Anspruchs ohne m. V. zu entscheiden. Gl. M. Lucas, Baumbach, Reinberger a a. O., Kann JW. 1924 S. 383 ff. A. M. Stein Erl. zu § 7 E. V., dessen Bedenken, wegen der Gabelung des Verfahrens in ein mündliches und ein gemischt schriftliches könne Verwirrung eintreten, dadurch ausgeräumt wird, daß das Gericht an die Einverständniserklärung der Parteien gem. § 23a nicht gebunden ist. Dazu würde es sich um ein Teilurteil handeln, dessen Erlassung gem. § 301 II im richterlichen Ermessen steht.

Daß bei Klage und Widerklage oder mehreren zugleich anhängigen Ansprüchen die Beschränkung auf Klage oder Widerklage oder einzelne Ansprüche möglich ist, ergibt sich aus der Mehrzahl der in diesen Fällen vorhandenen Prozesse.

g) Oft wird behauptet, die Einverständniserklärung könne nicht anders als unbedingt abgegeben werden. So Stein, Baumbach a. a. O., Rosenberg L. S. 324 f. Allein so schlankweg läßt sich die Behauptung nicht aufstellen. Es kommt vielmehr auf den Inhalt der Bedingung an, mit der die Einverständniserklärung belastet wird. Andere Bedingungen als die, das Gericht dürfe nur eine Entscheidung bestimmter Art, z. B. nur einen Beschluß, kein Urteil erlassen, und es dürfe die Besetzung des Gerichts zur Zeit der Einverständniserklärung bis zur Erlassung der Entscheidung keine Aenderung erfahren, sind wohl kaum denkbar. Die erst genannte Bedingung wird allgemein für unzulässig erklärt, freilich ohne Begründung, als etwas Selbstverständliches. Das ist aber weder selbstverständlich noch richtig. Warum sollten die Parteien, die ihr Einverständnis damit erklären können, daß irgend eine Entscheidung ohne m. V. ergeht, nicht auch erklären können, daß sie mit einem Beschluß ohne m. V. einverstanden sind. Das verhält sich doch zueinander wie das maius zum minus. Befürchtet man aber, daß durch die Zulassung einer derartigen Bedingung Unsicherheit ins Verfahren getragen werde, so ist zu bemerken, daß das Verfahren nach § 23a sowieso schon ein im höchsten Grade unsicheres ist. Die Parteien wissen nicht, ob das Gericht tatsächlich ohne m. V. entscheiden wird, das Gericht weiß nicht, ob nicht die Parteien ihre Einverständniserklärung widerrufen. Man kann auch nicht einwenden, daß jene Bedingung, wenn das Gericht auf Grund der gewechselten Schriftsätze und ev. einer früheren Verhandlung eine Sache für urteilsreif halte, das Gericht nur unnützer Weise nötige, die m. V. zu er-

öffnen. Denn es ist, wenn sich die Parteien nur mit einem Beschluß ohne m. V. einverstanden erklären, möglich und sogar wahrscheinlich, daß sie dem Gericht nur die Beschlußgrundlagen vollständig unterbreiten, die Urteilsgrundlagen einstweilen nur nebenbei und lückenhaft, daß also die vom Gericht angenommene Urteilsreife recht zweifelhaft ist. Schließlich läßt sich eine große Aehnlichkeit zwischen dem Fall, daß die Parteien nur mit einer Entscheidung bestimmter Art ohne m. V. sich einverstanden erklären, und dem andern, daß die Parteien ihre Einverständniserklärung auf einen Teil des Rechtsstreits beschränken, nicht verkennen. Denn auch die beschränkte Einverständniserklärung, die als zulässig zu erachten ist und meist erachtet wird, ist im Grunde eine bedingte, nämlich eine dadurch bedingte, daß die zu treffende Entscheidung nur über einen Teil des Rechtsstreits ergeht. Und die Ungewißheit, welche die beschränkte Einverständniserklärung ins Verfahren bringt, ist sicher auch nicht größer als bei der Einverständniserklärung, daß ohne m. V. nur ein Beschluß ergehe. Daher eigenartig die Ansicht, besonders Baumbachs, daß jene Einverständniserklärung möglich, diese unmöglich sei.

Anders steht es mit der Bedingung der gleichbleibenden Gerichtsbesetzung. Diese muß wegen des unser Prozeßrecht beherrschenden Satzes als unmöglich erscheinen, daß jedermann einen gesetzlichen Richter hat, dem er nicht entzogen werden und dem er sich selbst nicht entziehen kann. Niemand kann bestimmen, daß eine Entscheidung von bestimmten Richtern getroffen werde, ebensowenig aber auch, daß er eine Sache nur dann der richterlichen Entscheidung unterbreite, wenn bestimmte Richter bei ihr mitwirken. Letzteres würden die Parteien tun, wenn sie ihre Einverständniserklärung davon abhängig machen könnten, daß sich die Gerichtsbesetzung nicht ändert. Sie würden sich dadurch der gesetzlichen, d. h. vom Willen der Parteien unabhängigen und sich nur nach objektiven Umständen richtenden Gerichtsbesetzung zur Zeit des Erlasses der Entscheidung entziehen und die ihnen noch zur Zeit der Einverständniserklärung gesetzlich zukommenden Richter zu ausgesuchten machen. Gl. M. Baumbach a.a.O. (ohne Begründung). A. M. Sonnen und Kann a.a.A.

2) Es darf auf die Einverständniserklärung der Parteien hin nicht schon einmal eine Entscheidung erfolgt sein. Die Einverständniserklärung deckt also immer nur eine Entscheidung. Das wurde schon zum § 23 angenommen; so Heilberg und Neumiller a.a.O. Auch von der Einverständniserklärung des § 23a ist dies die einhellige Ansicht. Vgl. Sonnen, Goldschmidt, Lucas,

Sydow, Baumbach, Stein, Kann a.a.O., Rosenberg L. S. 325. Der Wortlaut des Gesetzes: „eine Entscheidung" schließt alle Zweifel aus. Daß aber ein Aufklärungsbeschluß nach dem durch die Zivilprozeßnovelle 1924 eingefügten § 279a (s. 4. Abschnitt) nicht als eine Entscheidung im Sinne des § 23a anzusehen ist, hat de Boor in seiner Schrift „Die Entscheidung nach Lage der Akten" S. 66 f. besonders mit dem Hinweis darauf trefflich dargelegt, daß der Aufklärungsbeschluß nach § 279a der einzige und naturgegebene Ersatz des im schriftlichen Verfahren nach § 23a ausfallenden Fragerechts der einzelnen Richter sei, daß er auch das einzige Mittel sei, um bei vielfach leicht zu beseitigenden Unklarheiten des Gerichts das Verfahren fortzuführen, daß § 279a aber diese Zwecke nicht erfüllen könne, wenn man ihn als eine die Einverständniserklärung der Parteien konsumierende Entscheidung betrachte.

3) Die zunächst in der Einverständniserklärung ausgedrückte Willensübereinstimmung der Parteien muß bis zum Erlasse der Entscheidung fortbestehen. Das bedeutet die Widerruflichkeit der Einverständniserklärung. Hiefür spricht in erster Linie der Wortlaut des § 23a: „Mit Einverständnis der Parteien", in Gegenüberstellung zum § 27a der Beschl.-V.: „Auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien." Wenn die alte Auslegungsregel richtig ist, daß immer zunächst zu unterstellen sei, der Gesetzgeber habe Abweichungen des Ausdrucks mit einer Absicht vorgenommen, so wird man zu der Annahme gezwungen, daß § 23a mehr verlangt als § 27a, nämlich nicht nur, daß sich die Parteien einmal einverstanden erklärt haben, sondern auch, daß das erklärte Einverständnis bis zum Erlasse der Entscheidung fortdauert. Dazu kommt, daß eine Unwiderruflichkeit der Einverständniserklärung die sichere Folge hätte, daß vom § 23a so gut wie kein Gebrauch gemacht würde, da die Parteien sich mit einem außerordentlichen Risiko belasteten, besonders deshalb, weil, wovon noch zu sprechen sein wird, neues Vorbringen nach der Einverständniserklärung zulässig ist. Gl. M. (meist ohne Begründung) Sonnen, Stein, Freudenthal, Lucas, Sydow a.a.O., Rosenberg L. S. 325, Wach DJZ. 1924 S. 246 ff., Volkmar Beschl.-V. 1923 Erl. zu § 23a, dessen Heranziehung von § 183 BGB. jedoch, da diese Vorschrift nicht für das Prozeßrecht gilt, keinen Beweisgrund abgibt.

Der Widerruf ist möglich bis zum Erlaß der Entscheidung, d. h. bis zu ihrer schriftlichen Mitteilung an die Parteien. Denn bis dahin ist die Entscheidung noch nicht definitiv. Ebenso Stein, Sydow a.a.O.

Für unwiderruflich wird die Einverständniserklärung gehalten von Püschel Recht 1924 S. 357 ff., Goldschmidt a.a.O.,

der ein Bedürfnis nach Widerruflichkeit nicht anerkennt, weil neue Schriftsätze nach der Einverständniserklärung nicht berücksichtigt werden könnten; Baumbach a.a.O., vor allem Reinberger a.a.O., der auf die Möglichkeit der Benützung des Widerrufs zu Prozeßverschleppung und die auf Ausschaltung der Parteiwillkür gerichtete Tendenz der Novelle verweist. Jene Gefahr ist gewiß nicht ganz von der Hand zu weisen; doch ist sie eine recht geringe. Denn der Gegner der verschleppenden Partei und ebenso das Gericht kann jederzeit, wenn Verschleppungsabsicht bemerkt wird, mit dem schriftlichen Verfahren Schluß machen. Auch wird die Partei, die verschleppen will, sich zu diesem Zweck nicht gerade das Verfahren nach § 23a aussuchen, das bestimmt und, richtig angewandt, geeignet ist, den Prozeß zu kürzen.

4) Ob es auch eine Voraussetzung des Ergehens einer Entscheidung nach § 23a ist, daß kein Wechsel in der Gerichtsbesetzung erfolgte, ist sehr bestritten Für möglich wird ein Wechsel der Gerichtsbesetzung gehalten von Volkmar, Freudenthal, Baumbach, Reinberger a.a.O. Es ist das die herrschende Ansicht. Allein die übliche Begründung, der Prozeßstoff ergebe sich aus den Akten, die Entscheidung beruhe nicht auf früherer m. V., ist nicht befriedigend und läßt die herrschende Meinung in ihrer Allgemeinheit als unrichtig erscheinen. Gewiß kann es bei § 23a sein, daß sich der ganze Prozeßstoff aus den Akten ergibt; so immer, wenn überhaupt noch keine m. V. stattgefunden hat. Aber es ist doch auch möglich, daß im Verfahren nach § 23a auch bloß mündlich Vorgetragenes neben gewechselten Schriftsätzen, ebenso, daß überhaupt nur mündlich Vorgetragenes Entscheidungsgrundlage ist. Letzteres ist immer der Fall, wenn der § 23a nur die Bedeutung des § 23 (in der Fassung der Novelle 1915) hat. Man kann daher die Frage, ob beim Verfahren nach § 23a ein Richterwechsel stattfinden dürfe, nicht glatt bejahen. Denn die Zulassung des Richterwechsels rechtfertigt sich nur durch das Wegfallen des persönlichen Eindrucks der Parteien und des unmittelbaren Verkehrs mit ihnen, das ein bloßes Schriftwechselverfahren notwendig mit sich bringt. Die Zulassung des Richterwechsels rechtfertigt sich also nur insoweit, als im Einzelfall Entscheidungsgrundlage nur Schriftsätze bilden. Soweit hingegen Prozeßstoff, wenn auch bloß teilweise, in m. V. gewonnen wurde, muß es bei § 309 sein Bewenden haben.

Ob Goldschmidt a.a.O. diese Meinung vertritt, ist zweifelhaft. Mit Kann a.a.O. Richterwechsel für statthaft zu erklären, wenn das Ergebnis einer früheren m. V. erschöpfend protokolliert ist, geht deshalb nicht an, weil die Protokollierung daran

nichts ändern kann, daß Entscheidungsgrundlage der frühere mündliche Vortrag ist.

5) Recht bestritten ist auch die Frage, ob die auf Grund § 23a ergehende Entscheidung ein Versäumnisurteil sein kann. Sie ist zu verneinen. Zwar nicht schon, wie Sonnen a. a. O. meint, deshalb, weil das Einverständnis der Parteien mit einer Entsch. ohne m. V. in der Regel nicht auch das Einverständnis mit einer Verurteilung ohne Würdigung der von der Partei noch beabsichtigten Ausführungen enthalte. Denn, daß sich die Parteien mit dem Ergehen eines Versäumnisurteils einverstanden erklären, ist doch nicht notwendig. Es ergeht ja auch im mündlichen Verfahren das Versäumnisurteil meist ohne den Willen einer Partei unter Uebergehung ihrer noch beabsichtigten Ausführungen. Hingegen muß ein Versäumnisurteil im Verfahren nach § 23a deswegen als unmöglich bezeichnet werden, weil hier keine Terminsversäumnis vorkommen kann. Man kann auch nicht etwa sagen, etwas der Terminsversäumnis Aehnliches liege darin, daß innerhalb einer vom Gericht gesteckten Frist eine Erklärung auf ein Vorbringen des Gegners nicht abgegeben werde, und daher sei eine entsprechende Anwendung der §§ 330 ff. beim Verfahren nach § 23a angebracht. Denn Grundlage des Versäumnisverfahrens kann nur eine Totalversäumnis sein. Bei jener Säumnis würde es sich aber nur um eine Partialversäumnis handeln.

Die Möglichkeit eines Versäumnisurteils wird auch überwiegend verneint. So (außer von Sonnen) von Lucas, Goldschmidt a. a. O., Rosenberg L. Bejaht wird sie von Volkmar Beschl. V. 1923 und Lewin DJZ. 1924 S. 13 ff.

6) Der Rechtsstreit muß entscheidungsreif sein, und zwar in materieller wie prozessualer Hinsicht.

Materiell entscheidungsreif ist ein Rechtsstreit, wenn auf Grund des bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorliegenden Prozeßstoffes das Gericht zu der Ueberzeugung gelangt ist, neues, seine Meinung umstoßendes Material werde nicht mehr in den Prozeß eingeführt werden. Die Anforderungen für die materielle Entscheidungsreife sind natürlich je nach der Art der zu treffenden Entscheidung verschieden groß. Bei einem Urteil z. B. größer als bei einem Beweisbeschluß. Wann im einzelnen Falle Entscheidungsreife gegeben ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen, sondern darüber kann nur das Ermessen des Gerichts befinden. Darum heißt es auch im § 23a: „kann eine Entscheidung treffen".

Prozessuale Entscheidungsreife ist vorhanden, wenn gewissen Bedingungen prozessualer Art bei sämtlichen für die Entscheidung erheblichen Schriftstücken genügt ist, vor allem also,

wenn sämtliche erheblichen Schriftsätze derart in den Prozeß eingeführt sind, daß sie Entscheidungsgrundlage abgeben können.

Die prozessualen Anforderungen, denen sachlich erhebliche Schriftstücke genügen müssen, um die Fähigkeit zu erlangen, bei der Entscheidung berücksichtigt zu werden, also um Prozeßstoff zu bilden, sind die folgenden:

a) Die Schriftsätze müssen innerhalb eines bestimmten Zeitraums bei Gericht eingereicht sein. Der Beginn dieses Zeitraumes ist der Zeitpunkt der Einverständniserklärung der Parteien, bezw. wenn eine m. V. stattgefunden hat, der Zeitpunkt ihres Beginns. Ein vor der m. V. eingereichter, nicht vorgetragener Schriftsatz ist also nicht berücksichtigungsfähig. Nur Goldschmidt a. a. O. hebt dies mit Deutlichkeit hervor. Bei vielen anderen, wie z. B. bei Stein, ist es zumindest sehr zweifelhaft, ob sie gleicher Ansicht sind. Goldschmidt muß unbedingt recht gegeben werden. Denn wenn eine Partei einen eingereichten Schriftsatz nicht vorträgt, ihn auch nicht in Bezug nimmt, spricht die Vermutung dafür, daß sie seinen Inhalt auch nicht zu Prozeßstoff machen wollte.

Viel größere Schwierigkeiten wie die Bestimmung des Anfangspunktes des Zeitraumes, innerhalb dessen die Schriftsätze bei Gericht eingereicht sein müssen, bereitet die Frage nach der Bestimmung seines Endpunktes. Und doch ist dessen genaue Festlegung gerade im Verfahren nach § 23a von viel größerer prozessualer Bedeutung als die gesetzlich zweifelsfreie Festlegung des Zeitpunktes, bis zu dem im mündlichen Verfahren mündliche Erklärungen mit der Möglichkeit der Berücksichtigung abgegeben werden können. Denn wenn hier nach Schluß der m. V. eine Partei noch eine Erklärung abgibt, so kann sie das nur in einer Form tun, die dem Vorgebrachten keine Prozeßstoffeigenschaft zu verleihen vermag. Die Erklärung muß daher schon wegen Mangels der notwendigen Form bei der Entscheidung unberücksichtigt bleiben. Anders im Verfahren nach § 23a. Hier besteht zwischen rechtzeitig und verspätet abgegebenen Erklärungen ein Formunterschied nicht. Daher muß hier der Endpunkt des Zeitraums, bis zu dem Erklärungen der Parteien in den Prozeß eingeführt werden können, erhöhte Wichtigkeit haben. Für seine Feststellung ist, wie so oft im Verfahren nach § 23a, die Analogie des mündlichen wegweisend. Im mündlichen Verfahren drückt der Schluß der m. V. den Entschluß des Gerichts zur Entscheidung aus. Analog ergibt sich daher als der dem Schluß der m. V. entsprechende Zeitpunkt im Verfahren nach § 23a derjenige, in dem das Gericht seinen Entschluß zur Entscheidung

den Parteien (naturgemäß auf schriftlichem Wege) mitteilt. Und zwar muß als entscheidender Zeitpunkt der Mitteilung derjenige ihrer gleichzeitigen Absendnng betrachtet werden. Der Zeitpunkt des Zugangs der Mitteilung muß deshalb ausscheiden, weil er nie ein völlig gleichzeitiger sein wird. Die Gleichzeitigkeit der Absendung zu bewirken, ist für das Gericht jedoch ein Leichtes und die Absendung kann zeitlich genau bestimmt werden. Daß der Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses mit dem Zeitpunkt der Kenntnis der Parteien vom Verhandlungsschluß nicht zusammenfällt, ist eine aus der Eigenart des Schriftverfahrens sich ergebende Besonderheit, die aber wegen der Kürze der Zeitspanne und der Möglichkeit der Wiedereröffnung der Verhandlung keinerlei nachteilige Folgen für die Parteien haben kann. Die Mitteilung des gerichtlichen Entschlusses ist natürlich als keine das Parteieinverständnis konsumierende Entscheidung aufzufassen, da sonst im schriftlichen Verfahren überhaupt keine andere Entscheidung ergehen könnte.

Die dargelegte Ansicht über den dem Schluß der m. V. entsprechenden Zeitpunkt im Verfahren nach § 23a ist in der Literatur bisher nicht vertreten. Hingegen sind, mehr oder weniger willkürlich, eine Reihe anderer Zeitpunkte für maßgebend erklärt worden. So besonders der Zeitpunkt der Einverständniserklärung. Allein diese Ansicht widerspricht völlig dem Zweck des § 23a: Eine Durchbrechung des MPr. würde § 23a nämlich sonst höchstens dann bedeuten, wenn gleichzeitig mit der Einverständniserklärung schriftliche Tatsachenerklärungen abgegeben werden. Da Erwiderungen auf dieselben nach jener Ansicht nicht möglich sind, wird sich die Partei, wenn das Einverständnis unwiderruflich wäre, wie bekanntlich oft behauptet wird, vor einem Einverständnis mit Entsch. ohne m. V. zu hüten wissen. Jene Ansicht nimmt aber auch bei Annahme der Widerruflichkeit des Einverständnisses dem § 23a den größten Teil seines praktischen Wertes, da die Partei, die entgegnen möchte, eben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung nach § 23a dann widerruft. In jedem Falle würde es also fast nie zu einer Durchbrechung des MPr. kommen, die in den geeigneten Fällen der § 23a ermöglichen wollte. Trotzdem sind jener Ansicht sehr viele Schriftsteller, so Goldschmidt, Baumbach, Kann, Püschel a.a.O. Stein läßt den Zeitpunkt der Absendung der Mitteilung der Entscheidung, Reinberger a.a.O., Rosenberg L. S. 325 den ihrer Fällung ausschlaggebend sein, Volkmar und Sonnen a.a.O. die Uebergabe der unterschriebenen Urteilsformel an die Geschäftsstelle. Wenn letzterer bei Bekämpfung der von seiner Ansicht abweichenden Meinungen erklärt, es müsse ein Zeitpunkt in Betracht kommen, wo die Entscheidung unabänderlich feststehe, so ist zu entgegnen, daß das

auch im Zeitpunkt der Uebergabe der Urteilsformel an die Geschäftsstelle noch nicht der Fall ist. Es fällt zudem auch im mündlichen Verfahren der Schluß der mündlichen V. noch nicht in die Zeit der Unabänderlichkeit der Entscheidung.

b) Die Schriftsätze müssen, soweit sie neues Tatsachenmaterial enthalten, zugestellt sein und außerdem muß auf sie eine Gegenerklärung vorliegen. Andere Schriftsätze brauchen nur zugestellt zu sein.

Diese Unterscheidung ist deshalb zu machen, weil das allgemein zugegebene Nichtgelten der Geständnisfiktion des § 138 ZPO. sich nur auf die erste Art von Schriftsätzen auswirkt. Sind nicht ausdrücklich bestrittene Tatsachen entgegen § 138 nicht als zugestanden anzusehen, so steht trotz Zustellung des die Tatsachen behauptenden Schriftsatzes weder Richtigkeit noch Unrichtigkeit derselben fest und kann eine Entscheidung, bei der sie eine Grundlage abgäben, nicht ergehen. Bei allen Schriftsätzen jedoch, auch soweit sie nicht Tatsachenerklärungen enthalten, eine Gegenäußerung zu verlangen, wie Volkmar (Besch.-V. Erl. zu § 23a) es tut, geht jedoch zu weit. Denn für solche Schriftsätze, die keine Tatsachenerklärungen enthalten, kann aus dem Nichtgelten des § 138 im Verfahren nach § 23a nichts für die Notwendigkeit des Vorliegens einer Gegenerklärung gefolgert werden. Da aber nach dem Grundsatz des beiderseitigen Gehörs auch Schriftsätze ohne Tatsachenbehauptungen der Entscheidung nur zugrunde gelegt werden dürfen, wenn dem Gegner wenigstens die Möglichkeit der Kenntnisnahme geboten worden ist, müssen auch solche Schriftsätze zugestellt sein. Denn die Zustellung hat, weil die Partei mit ihr rechnen muß, stets die Bedeutung der Ermöglichung der Kenntnisnahme. Die vielfach, bes. von Reinberger und Sonnen a.a.O. angenommene Vermutung der Zustellung für den AG.-Prozeß hat im Gesetz keine Stütze, wäre auch für die Partei gefährlich.

Wenn Volkmar a.a.O. meint, das Erfordernis der Zustellung brauche man neben dem des Vorliegens einer Gegenerklärung nichts eigens aufzustellen, da sich die erfolgte Zustellung mit dem Vorliegen einer Gegenerklärung von selbst ergebe, so kann ihm auch hierin nicht beigetreten werden. Denn ob eine Erklärung eine Gegenerklärung, aus einem Schriftsatz der anderen Partei hervorgegangen ist, wird in ungezählten Fällen mehr oder weniger zweifelhaft sein. Steht aber fest, daß der erste Schriftsatz vor Einreichung des zweiten der Gegenpartei zugestellt worden ist, so kann zwar auch nicht mit absoluter, aber doch mit größtmöglicher Sicherheit eine Erklärung als Gegenerklärung festgestellt werden.

Die gemachte Unterscheidung zwischen Tatsachenstoff enthaltenden und anderen Schriftsätzen wird in der Literatur durchgängig nicht vorgenommen, sondern alle Schriftsätze werden einheitlich behandelt. Gewöhnlich wird die Zustellung als entscheidend erklärt, so von Reinberger, Sonnen, Goldschmidt, Lucas a.a.O. Nur Volkmar läßt es auf das Vorliegen einer Gegenerklärung ankommen.

Zum Erfordernis der Zustellung tritt noch das der Ordnungsmäßigkeit, insbesondere das der Rechtzeitigkeit derselben hinzu. Die Rechtzeitigkeit entscheidet sich nach dem Ermessen des Gerichts, nicht nach § 132 ZPO., der nur von den vorbereitenden Schriftsätzen spricht, daher im Verfahren nach § 23a keine Anwendung finden kann. Gl. M. Reinberger a.a.O. (ohne Begründung). Soweit in der Literatur eine Vermutung der Zustellung angenommen wird, wird auch meist ihre Rechtzeitigkeit vermutet.

c) Zur prozessualen Entscheidungsreife ist ferner erforderlich, daß auch anderer Akteninhalt als Schriftsätze, z. B. Beweisprotokolle, Beiaktenstücke, amtliche Auskünfte, zur Kenntnis der Parteien gekommen ist oder daß ihnen wenigstens die Möglichkeit der Kenntnisnahme gewährt worden ist, weil das Gericht nach unserer ZPO. jene Aktenstücke, bezw. die in ihnen fixierten Vorgänge bei der Entscheidung teils wegen der Verhandlungsmaxime, teils wegen des Grundsatzes des beiderseitigen Gehörs nur berücksichtigen darf, wenn beiden Parteien Gelegenheit der Kenntnisnahme geboten war. Soweit jene Aktenstücke daher von Amts wegen beigezogen werden, muß das Gericht beide Parteien davon benachrichtigen. Die Benachrichtigung muß angemessene Zeit vor der Entscheidung erfolgen und zwar in der Form der Zustellung, da dem Gericht eine formlose Benachrichtigung keine Gewähr für die Ankunft der Mitteilung verschaffte.

7) Auch wenn Entscheidungsreife und alle übrigen Voraussetzungen einer Entscheidung nach § 23a gegeben sind, liegt der Erlaß der Entscheidung noch im Ermessen des Gerichts. Denn § 23a sagt: „Kann ... eine Entscheidung treffen". So können reine Zweckmäßigkeitserwägungen das Gericht von der Entscheidung abhalten, z. B. wenn durch Beschränkung des Einverständnisses auf einen Teil des Rechtsstreits oder Verfahrens prozessuale Verwirrung zu besorgen ist.

Betrachtet man nach dieser Darstellung der Voraussetzungen, an die das Gesetz das Ergehen einer Entscheidung nach § 23a knüpft, den Schutz der Parteien vor unangemessener Durchbrechung des MPr., so muß festgestellt werden, daß für die

Parteien in dieser Richtung eine Gefahr gar nicht in Betracht kommen kann. Denn die unerläßliche Voraussetzung solcher Entscheidung ist das bis zu ihrem Erlasse fortdauernde Einverständnis der Parteien mit Entsch. ohne m. V. Eine andere Frage ist die, ob der § 23a nicht eine Gefahr für die Rechtspflege selbst bedeutet, weil er durch Gericht und Parteien zusammen aus Gründen der Bequemlichkeit mißbraucht werden kann. Allein zu unseren deutschen Gerichten dürfen wir doch wohl auch im Zeitalter der sogen. „Vertrauenskrise" der Justiz das Vertrauen haben, daß sie nur dann sich für eine Durchbrechung des Mündlichkeitsprinzips entscheiden, wenn durch sachliche Gründe eine solche ihnen gerechtfertigt erscheint. Daß aber auch die Parteien selbst den hohen Wert der Mündlichkeit zu schätzen wissen und sie nicht als bloßen dogmatischen Wahn empfinden, das zeigt die immerhin schon fünfjährige Erfahrung, daß nur in sehr seltenen Fällen vom § 23a Gebrauch gemacht wird. So sprach sich denn auch der 33. deutsche Juristentag für die Entsch. ohne m. V. nach § 23a aus, obwohl sich die beiden Berichterstatter, der eine, Wolff, sogar in der schärfsten Weise, dagegen erklärt hatten. Gewiß hat sich jedoch das zustimmende Votum des Juristentages nur auf die Neuerung des § 23a an sich bezogen, nicht auf die Art der Regelung dieses Verfahrens, die der Gesetzgeber fast ganz auf die Wissenschaft abgewälzt hat. Dieses gesetzgeberische Vorgehen kann unmöglich jemandes Billigung finden. Denn die dadurch hervorgerufene, durch keinen Instanzenzug zu beseitigende Buntheit der Rechtsanwendung ist dem Rechtsgefühl des Volkes äußerst abträglich.

II. Die Einschränkung des Mündlichkeitsprinzips durch Einführung des Schiedsverfahrens. (§ 27a u. c)

Um die Abwanderung von Zivilstreitigkeiten in die private Schiedsgerichtsbarkeit einzudämmen, machte der Gesetzgeber in der Novelle 1923 den Versuch, in den staatlichen Zivilprozeß eine besondere, dem Verfahren vor den privaten Schiedsgerichten nachgebildete neue Verfahrensart einzubauen, deren Hauptmerkmale, entsprechend ihrem Vorbild, Inappellabilität und Freiheit von den Formen der ZPO. sind. Nach § 27a II bestimmt im Schiedsverfahren das Gericht das Verfahren „nach freiem Ermessen". Im gerichtlichen Ermessen steht sonach auch die Form der Parteierklärungen, so daß das Gericht schriftliche Erklärungen hinsichtlich der Berücksichtigungsfähigkeit bei der Entscheidung den mündlichen gleichstellen kann. Ja, es ist im Schiedsverfahren sogar in der Lage, die Schriftform zur Bedingung der Berücksichtigungsfähigkeit zu machen. Man fragt sich, worin hier der Schutz der Parteien vor Ermessensfehlern des Gerichts

besteht. Da innerhalb des Schiedsverfahrens das Gericht alleiniger Herr ist, kann er nur in den Voraussetzungen liegen, die das Gericht für das Schiedsverfahren selbst aufstellt. Dabei sind zwei Arten des Schiedsverfahrens auseinander zu halten: das Schiedsverfahren kraft Vereinbarung und dasjenige kraft Gesetzes.

1) Voraussetzungen für das Schiedsverfahren kraft Vereinbarung sind:

a) Die Parteien (oder deren Vertreter) müssen berechtigt sein, über den Gegenstand des Rechtsstreites einen Vergleich zu schließen. Das sind sie z. B. nicht in Ehesachen, oder wenn eine Partei durch einen Vormund den Prozeß führt und dieser nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung einen Vergleich über den Prozeßgegenstand schließen könnte. (Vgl. BGB. §§ 1821, 1822)

b) Das Gericht muß zuständig sein, sachlich und örtlich, kraft Gesetzes oder kraft Vereinbarung. Letztere kann vor dem Eintritt ins Schiedsverfahren bereits getroffen sein; es genügt aber auch, daß sie zeitlich mit ihm zusammenfällt, was in all den Fällen zutrifft, wo dem Schiedsverfahren kein anderes Verfahren vorangeht. Im Antrag der Parteien auf schiedsrichterliche Entscheidung ist stets eine Zuständigkeitsvereinbarung nach § 38 ZPO. enthalten.

c) Das Gericht muß ein solches erster oder zweiter Instanz sein. Vor dem Revisionsgericht ist daher ein Schiedsverfahren niemals möglich.

d) Das Verfahren muß ein solches sein, das normaler Weise mit einem Urteil endigt. Das ergibt sich aus der Ueberschrift der §§ 27a ff.: „Schiedsurteil", wie aus dem Wortlaut des § 27a. Es genügt also nicht ein normaler Weise mit Beschluß endigendes Verfahren, mag der Beschluß auch Urteilsnatur haben (§ 99 III ZPO.). A. M. Friedländer in LZ. 1924 S. 57 ff., der Beschlüsse mit Urteilsnatur Urteilen gleichstellt. Seine speziell zum Beschwerdeverfahren nach § 99 III gemachte Bemerkung, daß das Beschwerdegericht zur Prüfung des ganzen Prozeßstoffes in ein umständliches Verfahren eintreten müßte, wenn man hier ein Schiedsverfahren nicht zuließe, vermag daran nichts zu ändern, daß das Gesetz als einzigen Abschluß des Schiedsverfahrens das Urteil kennt.

e) Das Verfahren muß normaler Weise mit einem endgültig den Rechtsstreit abschließenden Urteil enden. Es gibt daher kein Schiedsverfahren im Urkunden- und Wechselprozeß. Das folgt aus dem Zweck der Aufnahme des Schiedsverfahrens in den Zivilprozeß: durch sie sollte den Parteien die Möglichkeit

eröffnet werden, das, was sie sonst nur außerhalb der staatlichen Rechtspflege hätten erreichen können, auch innerhalb derselben zu erreichen. Der Grund, weshalb sich die Parteien aber immer wieder so gern auf den Weg privater Schiedsgerichtsbarkeit begeben haben, ist zu allen Zeiten der gewesen, daß hier rasch ein Rechtsstreit endgültig aus der Welt geschafft wird. Die Möglichkeit rascher endgültiger Streiterledigung den Parteien zu gewähren, war der alleinige Zweck der Verpflanzung des Schiedsverfahrens in die staatliche Gerichtsbarkeit. Daher muß angenommen werden, daß auch das staatliche schiedsrichterliche Verfahren nach Absicht des Gesetzgebers stets ein mit dem Streitfall endgültig aufräumendes sein sollte. Die Unmöglichkeit eines Schiedsverfahrens im Urkunden- und Wechselprozeß wird auch von Stein (Erl. zu § 18 E. V.) angenommen, jedoch ohne Begründung. A. M. Friedländer a.a.O. (ebenfalls ohne Begründung).

f) Die Parteien müssen übereinstimmend das Schiedsverfahren beantragen. Nicht nötig ist der Antrag des Nebenintervenienten; denn er ist nicht Partei. Erforderlich ist der Antrag des Nebenintervenienten jedoch, wenn er gemäß § 69 ZPO. als Streitgenosse zu behandeln ist. Hier wird er als Partei fingiert. Daß mehrere Streitgenossen sämtlich den Antrag stellen müssen, ist selbstverständlich.

Es ist lediglich nötig, daß der Antrag übereinstimmend gestellt ist. Gleichgültig ist es daher, ob nach dem übereinstimmend gestellten Antrag auch weiterhin darüber Uebereinstimmung besteht, daß durch Schiedsurteil entschieden werde. Die Erklärung einer Partei, sie ziehe ihren Antrag zurück, hat also keine Rechtswirkung. Der Antrag ist unwiderruflich. Das muß auch schon mit Rücksicht auf die Ordnung im Verfahren so sein. Sonst könnte ja die Partei den Richter nach Belieben zwingen, sogar des öfteren, vom gewöhnlichen ins Schiedsverfahren überzugehen und umgekehrt. Das wäre wegen der tiefgehenden prozessualen Besonderheiten des Schiedsverfahrens ganz unerträglich, besonders wenn es sich um ein Beisitzer-Schiedsverfahren nach § 27 b EV. handelte. Zutreffend weist Heilberg JW. 1924 S. 83 auch darauf hin, daß die Pflicht des Gerichts, bei übereinstimmendem Antrag durch Schiedsurteil zu entscheiden, zugleich ein Recht ist, das durch nachträgliche Willensänderung einer Partei oder auch beider Parteien nicht beseitigt werden kann.

g) Es muß die Entscheidung durch Schiedsurteil über den Rechtstreit oder das Verfahren in seiner Gesamtheit beantragt werden. Es ist nicht möglich, daß, wenn Klage und Widerklage anhängig sind, bloß über eine von beiden, oder, wenn

mehrere Ansprüche in einer Klage erhoben sind, bloß über einzelne, oder daß bloß über einen Teil eines geltend gemachten Anspruchs ein Schiedsverfahren in Gang komme. Es gibt kein Teil-Schiedsurteil. Denn die Erlassung eines Teilurteiles steht nach § 301 II stets im Ermessen des Gerichts. Wollte man aber in obigen Fällen ein Schiedsverfahren Platz greifen lassen, so müßte das Gericht Teilurteil und zwar in der Form des Schiedsurteils erlassen. Die Bestimmungen ZPO. § 301 II und § 27a EV. stünden also unvereinbar nebeneinder. Gl. A. Friedländer a.a.O.

2) Voraussetzungen für das Schiedsverfahren kraft Gesetzes sind:

a) Für die Entscheidung des Rechtsstreites muß das AG. zuständig sein, sachlich und örtlich, durch Gesetz oder Vereinbarung.

b) Es muß sich um eine Streitigkeit über einen vermögensrechtlichen Anspruch handeln.

c) Der Rechtsstreit darf kein im Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. 6. 22 geregelter sein.

d) Der Wert des Streitgegenstandes darf zur Zeit der Einreichung der Klage 50 M. nicht übersteigen.

Aus dieser Darstellung der Voraussetzungen des Schiedsverfahrens ist ersichtlich, daß beim fakultativen Schiedsverfahren die Parteien auf die Erklärungsform zwar keinen unmittelbaren Einfluß haben, weil, sobald einmal das Schiedsverfahren in Gang ist, der Richter sein Verfahren nach freiem Ermessen bestimmt; daß aber die Parteien doch mittelbar die Prozeßform mitbestimmen können, indem es von ihrem Willen abhängt, ob ein das Gericht zum Herrn über die Prozeßform machendes Schiedsverfahren in Gang kommt. Dies ist jedoch deshalb kein völlig befriedigender Schutz der Parteien vor Ermessensfehlern des Gerichts, weil ihnen, wenn nicht rechtskundig, bei der Einwilligung ins Schiedsverfahren meist die ganze Tragweite derselben nicht erkennbar und weil die Einwilligung nicht widerruflich ist. So kann es oft kommen, daß eine Partei das Schiedsverfahren nicht mitbeantragt haben würde, hätte sie vorher gewußt, daß das Gericht ihr die Möglichkeit mündlicher Darlegung nehmen kann. Man kann auch nicht sagen, daß eine solche nachträgliche Ueberraschung immer auf einem Verschulden der Partei beruhe, darin bestehend, daß sie vor der Einwilligung ins Schiedsverfahren sich nicht die möglichen Folgen klar gemacht habe. Denn das kann oft von der rechtsunkundigen, von falschen Rechtsvorstellungen ausgehenden Partei nicht wohl verlangt werden.

Ist aber, vom Standpunkt des Parteienschutzes aus gesehen, das fak. Schiedsverfahren schon einigermaßen bedenklich, so muß das obligatorische völlig verworfen werden. Denn hier haben die Parteien nicht einmal einen mittelbaren Einfluß auf die Prozeßform, da das Schiedsverfahren ohne jegliche Rücksicht auf ihren Willen in Gang kommt. Und auch die objektiven Voraussetzungen des Schiedsverfahrens bieten keine Gewähr dafür, daß Ermessensfehler des Gerichts sich nicht in fühlbarster Weise für eine Partei auswirken können. So namentlich nicht die Voraussetzung, daß der Streitwert höchstens 50 M. sein muß. Denn bei der gegenwärtigen Verarmung breitester Bevölkerungsschichten kann in sehr vielen Fällen eine solch „minderwertige" Streitsache für den einzelnen unendlich viel bedeuten. 50 M. sind unter Umständen für eine arme Partei viel mehr als 1000 M. für eine reiche. So setzt das obligatorische Schiedsverfahren besonders weniger wohlhabende Parteien schutzlos den richterlichen Ermessensfehlern bei der Wahl der Erklärungsform aus. Es wird denn auch, da es zudem noch in vielen anderen Beziehungen die Parteien schutzlos dem Richter preisgibt — er bestimmt ja sein Verfahren überhaupt nach freiem Ermessen — meistens entschieden verworfen. So mit besonderem Nachdruck von Lehmann im „Neuen Zivilprozeßrecht", der in ihm „die schwerste Verkümmerung der Rechtsgarantien" sieht. Sehr skeptisch steht ihm Friedländer a.a.O. gegenüber, zustimmend Heilberg a.a.O., der seine Zustimmung jedoch stark abschwächt mit dem Hinweis auf „die Gefahr, daß der Richter als Pascha entscheidet".

Alle drei durch die Novelle 1923 gebrachten Einschränkungen des MPr. (§§ 23a, 27a,c EV.) stellen eine Vermehrung der Fälle genereller fak. Mündlichkeit dar. Dabei ist die Durchbrechung des Prinzips nur in den Fällen § 23a und § 27a in die Hände des Gerichts und der Parteien zusammen gelegt, während sie sich bei § 27c ausschließlich nach dem Willen des Gerichts bestimmt. Von der durch die Novelle 1909 gebrachten genereilen fakultativen Mündlichkeit unterscheiden sich die neuen Bestimmungen allesamt aber dadurch, daß sie nicht bloß die Berücksichtigung eines einzelnen Schriftsatzes bei der Entscheidung trotz seines Nicht-Vortrags in m. V. gestatten, sondern die Berücksichtigung aller jener Schriftsätze, die einer bestimmten Entscheidung vorausgehen. Das ist die bei aller Verschiedenartigkeit der neuen Tatbestände unter ihnen bestehende Gemeinsamkeit, der Fortschritt gegenüber der generellen fak. Mündlichkeit der Novelle 1909.

4. Abschnitt.

Die Einschränkungen des Mündlichkeitsprinzips durch die Novelle 1924 ausser der Entscheidung nach Lage der Akten.

Das Ermächtigungsgesetz vom 8. Dezember 1923 war befristet bis zum 14. Februar 1924. Diese Zeit der größten gesetzgeberischen Machtfülle der Reichsregierung ist zugleich die Zeit der größten gesetzgeberischen Eingriffe in unsern Zivilprozeß und insbesondere in das ihn beherrschende Mündlichkeitsprinzip. Welche Einschränkungen dasselbe durch die Verordnung der Reichsregierung vom 22. 12. 23 erfuhr, wurde im vorigen Abschnitt gezeigt. Die Regierung ließ sich aber nicht an dieser schon recht bedenklichen, weil ungeregelte Neuerungen enthaltenden Verordnung genügen, sondern arbeitete außerdem einen Entwurf zu einer neuen, an den Grundsätzen unseres Prozesses, besonders wieder an seinem MPr. gefährlich rüttelnden Verordnung aus. Einen Tag vor Ablauf des Ermächtigungsgesetzes, am 13. Februar 1924, wurde er zum Gesetz und trat am 1. 6. 24 in Kraft.

In der kurzen Zeit, die der Regierung zum Entwerfen und Beraten der Verordnung zur Verfügung stand, hätte aber trotz aller die Gunst der Zeit nutzenden Eilfertigkeit des Gesetzgebers die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kaum geschaffen werden können, wäre nicht wertvolle Vorarbeit bereits geleistet gewesen, so besonders durch die Verhandlungen der Zivilprozeßkommission und durch einen Notgesetzentwurf eines Ausschusses des preußischen Richter- und Anwaltsvereins. Auch war dem Reichstag im Dezember 1923 ein Antrag Schiffer („Entwurf eines ersten Gesetzes zur Vereinfachung des Rechtswesens") vorgelegt und vom Reichstag an den Rechtsausschuß überwiesen worden. Als hier die

Verhandlungen beginnen sollten, war gerade die neue Regierungsvorlage fertig gestellt, und da angesichts der Bedeutung des Entwurfs die Regierung nichts dagegen hatte, daß sich außer dem Ermächtigungsausschuß auch der Rechtsausschuß mit ihm befaßte, brachte im Einvernehmen mit der Regierung ein Abgeordneter bei Beratung des Antrages „Schiffer" den „Abänderungsantrag" ein, statt über den Schiffer'schen Antrag über die Regierungsvorlage zu beraten.

Außer dem Rechtsausschuß übermittelte die Regierung den Entwurf, ebenfalls freiwillig, den Länderregierungen und den Organisationen der Richter und Anwälte, aber auch nur zur vertraulichen Behandlung. Die Öffentlichkeit erfuhr nichts von seinem Inhalt, weil die Regierung den Entwurf nicht der kritischen Beleuchtung seitens der Öffentlichkeit zu unterbreiten wagte. Sie fürchtete Hindernisse, die es ihr unmöglich machten, den Entwurf während der Dauer ihrer gesetzgeberischen Macht zum Gesetz werden zu lassen.

Volkmar, der Vater des Regierungsentwurfes, weist in JW. 1924 S. 345 ff. schon darauf als auf etwas ganz Großes, über die Verpflichtung der Regierung weit Hinausgehendes hin, daß sie nicht bloß, wozu sie allein verpflichtet gewesen sei, dem Ermächtigungsausschuß und Reichsrat den Entwurf vorgelegt habe, sondern auch dem Rechtsausschuß des Reichstages, den Länder, regierungen und gewissen Organisationen. Daß die Regierung das getan hat, war, wie niemand bestreiten kann, anerkennenswert. Allein wenn Volkmar meint, das habe der Tragweite der Verordnung entsprochen, so ist ihm zu entgegnen, daß diese Tragweite, besonders auch wegen der neuerlichen Einschränkungen des MPr., eine derart große ist, daß der Entwurf unter allen Umständen der Oeffentlichkeit hätte unterbreitet werden müssen. War dies aus politischen Gründen nicht möglich, so hätte die Novelle ganz unterbleiben müssen oder es hätten nur solche Neuerungen eingeführt werden dürfen, die, harmlos oder schon vielfach erörtert und befürwortet, der öffentlichen Kritik unterbreitet werden konnten. Gewiß sind manche Neuerungen, welche die Novelle 1924 gebracht hat, auch solche, die eine Einschränkung des MPr. enthalten, unbedenklich und zu begrüßen. Sie hätten auch nicht, solange sie noch Entwurf waren, in das geheimnisvolle Dunkel „vertraulicher Behandlung" gehüllt werden brauchen. Oeffentliche Kritik wäre hier nur gut gewesen; manche Unklarheiten der Gesetzesfassung wären bestimmt aufgedeckt und ausgemerzt worden. Daneben enthält die Verordnung jedoch auch sehr einschneidende Neuerungen, darunter äußerst problematische Einschränkungen des MPr., besonders die Entsch. nach Lage der Akten. Die Darstellung der

letzteren soll dem nächsten Abschnitt vorbehalten bleiben. In diesem werden also sämtliche Einschränkungen des MPr. durch die Novelle 1924 außer der Entscheidung nach Lage der Akten (E. n. L. d. A.) behandelt. [1])

I. Eine Einschränkung des MPr. bedeutet zunächst die durch die Novelle 1924 vorgenommene Vermehrung der Fälle spezieller fakultativer Mündlichkeit. Zu beachten ist, worauf auch schon früher hingewiesen wurde, daß nicht jeder Fall fak. Mündlichkeit eine Ausnahme vom MPr. darstellt. Bei Zugrundelegung des MPr. im früher entwickelten Sinne ergeben sich folgende neue Fälle spezieller fak. Mündlichkeit, die eine Einschränkung des MPr. bedeuten:

1) § 356 ZPO. Wenn der Beweisaufnahme ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht, ist eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird. Die Bestimmung dieser Frist kann jetzt ohne m. V. erfolgen.

2) § 360 ZPO. Er lautete bisher: „Vor Erledigung des Beweisbeschlusses kann von keiner Partei eine Aenderung desselben auf Grund der früheren Verhandlungen beantragt werden." Es war zu einer Aenderung eines Beweisbeschlusses also immer neue m. V. erforderlich. Jetzt gilt dies als Grundsatz zwar auch noch. Jedoch zählt das Gesetz jetzt drei Fälle auf, in denen auch ohne neue m. V. die Aenderung eines Beweisbeschlusses möglich ist:

a) wenn der Gegner zustimmt. Es muß also Einverständnis der Parteien nicht nur wie bei § 7 E.V. (s. Fußnote) über das Ergehen einer Entsch. ohne m. V. schlechthin bestehen, sondern auch über den Inhalt dieser Entscheidung.

b) wenn es sich nur um die Berichtigung oder Ergänzung der im Beschluß angegebenen Beweistatsachen handelt.

c) wenn es sich um die Vernehmung anderer als der im Beschluß angegebenen Zeugen oder Sachverständigen handelt.

Allgemein wird auch über den Wortlaut des Gesetzes hinaus angenommen (Stein und Freudenthal Komm. Erl. zu § 360), daß die Abänderung eines Beweisbeschlusses ohne m. V. auch dann möglich ist, wenn es sich um die Aenderung der im Beschluß angegebenen Art seiner Ausführung handelt; z. B. wenn die Beweisaufnahme statt durch das Prozeßgericht selbst durch

[1]) Bemerkt sei, daß die Neuerungen der Novelle 1924 teils in die ZPO. (unter Beibehaltung der §§-Folge), teils in die Verordnung zur Entlastung der Gerichte v. J. 1915 nachträglich eingearbeitet wurden. Die Bestimmungen letzterer Verordnung wurden verändert paragraphiert. So entsprechen die neuen §§ 7, 18, 20 den bisherigen §§ 23a, 27a, 27c.

einen ersuchten oder beauftragten Richter erfolgen soll oder umgekehrt. Dies wird zutreffend daraus geschlossen, daß sogar eine Aenderung ohne m. V. bei Berichtigung der Beweistatsachen möglich ist. (b!) Also argumentum a maiore ad minus. Auch ist Goldschmidt (Erl. zu § 360) zuzustimmen, wenn er die Möglichkeit einer Aenderung ohne m. V. selbst dann bejaht, wenn andere als die im Beschluß angegebenen Urkunden oder Augenscheinsobjekte vorgelegt werden sollen. Denn es wäre nicht zu erkennen, warum diese Beweismittel anders behandelt werden sollten als Zeugen und Sachverständige (c!).

3) § 431 ZPO. Wenn sich eine Urkunde in den Händen eines Dritten befindet, so erfolgt die Antretung eines Urkundenbeweises durch den Antrag des Beweisführers, zur Herbeischaffung dieser Urkunde eine Frist zu bestimmen. Ist dieser Antrag in gehöriger Weise (§ 430) gestellt und ist die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache erheblich, so muß das Gericht die Frist bestimmen. Dieser Fristbestimmung braucht aber jetzt keine m. V. mehr voranzugehen.

Der Fall ist also ähnlich gelagert wie der des § 356, wo die Novelle ebenfalls das Erfordernis der m. V. hat fallen lassen. Denn in beiden Fällen ist der Gang des Beweisverfahrens gehemmt durch eine Tatsache von unbestimmter Dauer, in beiden Fällen soll das in Untiefen stecken gebliebene Prozeßschiff durch Setzung einer gerichtlichen Ausschlußfrist wieder flott gemacht werden. Ein großer Unterschied zwischen beiden Fällen liegt aber darin, daß bei § 356 jene hemmende Tatsache nur der Aufnahme des Beweises entgegensteht. Der § 356 setzt also einen Beweisbeschluß voraus. Dagegen ist bei § 431 bereits das Ergehen des Beweisbeschlusses gehindert. Denn der Antrag auf Fristsetzung ist erst die Beweisantretung und die Fristsetzung selbst ist kein Beweisbeschluß. Daher macht § 431 ausdrücklich die Fristsetzung von der Erheblichkeit der durch die Urkunde zu beweisenden Tatsache abhängig. Bei § 356 liegt ihre Bejahung bereits dem vorhandenen Beweisbeschluß zugrunde. Insofern ist also das MPr. bei § 431 mehr eingeschränkt als bei § 356, als auch die Verhandlung über die Erheblichkeit der zu beweisenden Tatsache der obligatorischen m. V. entzogen ist.

4) § 519b ZPO. Wie durch die Novelle 1905 die Möglichkeit geschaffen wurde, die Revision ohne m. V. als unzulässig zu verwerfen, wenn sie an sich nicht statthaft oder Einlegung und Begründung nicht in der gesetzlichen Form oder Frist erfolgt ist (S. S. 20 f.), so ermöglicht § 519 b Abs. 2 ein Absehen von m. V., wenn aus dem Grunde der Unstatthaftigkeit oder der Nichtbeachtung der gesetzlichen Form und Frist die Berufung als

unzulässig zu erklären ist. Was für die gewöhnliche Berufung gilt, gilt auch nach § 522 a für die Anschlußberufung. Der Grund, warum die Verwerfung des Rechtsmittels ohne m. V. bei der Berufung so viel später als bei der Revision vom Gesetz für zulässig erklärt wurde, ist der, daß bei den Revisionsgerichten, ganz besonders beim RG., sich von jeher die Verlangsamung der Prozesse und die damit zusammenhängende Arbeitsüberlastung der Gerichte in viel höherem Grade bemerkbar machte als bei den Berufungsgerichten.

5) § 279 a ZPO.: „Erachtet das Gericht bestimmte Punkte für aufklärungsbedürftig, so soll es den Parteien aufgeben, sich innerhalb bestimmter Frist über die streitigen Punkte zu erklären." Bei Nichtfolgeleistung und nicht genügender Entschuldigung kann die später nachgeholte Erklärung unberücksichtigt bleiben. Diese neu eingefügte Bestimmung entspricht dem Streben der Novelle 1924 nach möglichster Konzentration der Verhandlung. Es soll durch § 279 a auf die Parteien ein kräftiger Druck ausgeübt werden können, sich so zeitig über aufklärungsbedürftige Punkte zu erklären, daß der Gang des Rechtsstreits keine Hemmungen erfährt.

Beachtet man, daß § 279 a Verzögerungen des Verfahrens vermeiden will, die sich durch zu späte Mitteilung einer dem Gericht noch unklaren Tatsache an die Gegenpartei ergeben, dann muß man den gerichtlichen Aufklärungsbeschluß nach § 279 a auch außerhalb der m. V. für zulässig erklären und vor allem gestatten, daß er auch auf anderen Grundlagen beruhe als den in einer m. V. abgegebenen tatsächlichen Parteierklärungen. Dann muß man ihn also so behandeln, als ob es im Gesetz formelhaft hieße: „Die Entscheidung kann ohne vorgängige m. V. erfolgen", wie einen Fall spezieller fak. Mündlichkeit. Diese aus dem Zweck der Novelle gezogene Folgerung kann auch durch das Bedenken Stein's (Er. II zu § 128) nicht erschüttert werden, daß nirgends eine Ausnahme vom MPr. angenommen werden dürfe, wo sich nicht aus dem Gesetz selbst ein anderes ergibt. Denn warum sollte nur bei ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes eine Ausnahme vom MPr. angenommen werden dürfen und nicht auch dann, wenn eine solche aus dem Zusammenhang der Bestimmungen und ihrem Zweck klar hervorgeht? Daher ist trotz Fehlens einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung § 279 a den Fällen spezieller fak. Mündlichkeit gleichzustellen. Gl. M. Kann (Erl. zu § 279 a), wohl auch Baumbach (Erl. zu § 279 a), der allerdings nur erklärt, daß der Aufklärungsbeschluß „auch außerhalb der m. V." ergehen könne. Wer das annimmt, muß aber doch wohl auch zulassen, daß sich der Beschluß auch auf nicht mündliches Material gründet. A. M. Stein, dessen Einwand bereits besprochen ist.

II. Außer diesen Fällen neuer spezieller fak. Mündlichkeit, die ja in der Literatur kaum angefochten worden sind, bei denen höchstens bezweifelt wurde, ob die durch sie gebrachte Einschränkung des MPr. eine nennenswerte Prozeßbeschleunigung herbeiführen werde, hat die Novelle 1924 auch eine Vermehrung der Fälle genereller fak. Mündlichkeit gebracht, in denen also eine Abweichung vom MPr. nicht nur bezüglich einer inhaltlich gebundenen Entscheidung, sondern jeder der jeweiligen Prozeßlage entsprechenden Entscheidung dem Willen des Gerichts oder der Parteien überlassen ist. Abgesehen von der E. n. L. d. A. ergeben sich folgende zwei Fälle:

1) § 137 III ZPO. Hienach ist nicht nur, wie bisher nach § 502 II im amtsgerichtlichen, sondern in jedem Verfahren die Bezugnahme auf Schriftstücke zulässig, soweit keine der Parteien widerspricht und das Gericht sie für angemessen hält.

Diese Erweiterung der Bezugnahmemöglichkeit half dem dringenden Bedürfnis nach einer zweckmäßig differenzierenden Behandlung des Parteivorbringens auch im landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Prozesse ab. Gerade vor diesen Gerichten ist die Eröffnung der Bezugnahmemöglichkeit besonders geboten, da viele Vorzüge des mündlichen Tatsachenvortrages infolge des sehr seltenen persönlichen Erscheinens der Parteien fast stets fehlen. Und sie ist noch in höherem Maße als bei den AG. unbedenklich wegen des notwendigen Auftretens der Rechtsanwälte, welches die Gewähr erhöht, daß nur in den dazu geeigneten Fällen durch Bezugnahme das MPr. durchbrochen wird.

§ 137 III wird denn auch ganz allgemein gebilligt, sogar von Rosenberg a.a.O., der den Neuerungen der beiden letzten Novellen gewiß sehr reserviert gegenübersteht. Mündlichkeitsfanatiker, welche die Möglichkeit der Bezugnahme überhaupt verwerfen, wie es sie noch 1909 bei der Einführung der Bezugnahme im AG.-Prozeß nicht nur vereinzelt gegeben hat, sind heute wohl so ziemlich ausgestorben. Der Grund hiefür liegt im Ausbleiben ihrer Prophezeiungen von einem sicheren Versinken unseres Prozesses in der mittelalterlichen Schriftlichkeit. Die Entwicklung hat ihnen unrecht und denen recht gegeben, die einen Mißbrauch der Bezugnahme für unwahrscheinlich gehalten haben.

2) § 272 a ZPO. Ist es ein Hauptzweck des § 279 a, zu verhindern, daß eine Partei durch neues Vorbringen des Gegners im Termin derart überrascht wird, daß eine Vertagung nötig wird, so sucht § 272 a eine Vertagung auch dann zu vermeiden, wenn es doch zu einer Ueberraschung einer Partei im Termin kommt, so daß diese nicht sogleich eine Gegenerklärung abgeben kann. Das Gesetz geht mit Recht davon aus, daß solche

Ueberraschungen trotz aller Vorbereitungstätigkeit des Gerichts, auch trotz § 279 a, nicht zu vermeiden sein werden, oft, namentlich bei großen Gerichten, auch deshalb, weil das Gericht im Drange der Geschäfte nicht die Zeit finden wird zu einer dem Gesetz als Ideal vorschwebenden Vorbereitung des Termins. Die Verhinderung der Vertagung versucht nun das Gesetz in § 272 a unter Einschränkung des MPr. dadurch, daß es unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit gewährt, daß die überraschte Partei ihre Gegenerklärung innerhalb bestimmter Frist in Schriftform abgeben und diese das Gericht bei seiner Entscheidung berücksichtigen kann, obwohl sie in m. V. nicht vorgetragen worden ist. Striemer spricht daher von einer Fiktion der m. V. (DJZ. 1924 S. 100 ff.). Doch ist dies faktisch nur eine andere Ausdrucksweise für das, was wir eine Durchbrechung des MPr. nennen.

Das Gesetz geht zwar, wie das Erfordernis der Zustellung des Nachschriftsatzes zeigt, davon aus, daß dem Säumigen Gelegenheit zur Kenntnisnahme seines Inhalts gegeben worden sein muß, und daß der Säumige daher, da die Mitteilung sonst für ihn zwecklos wäre, auch die Möglichkeit haben soll, auf den Schriftsatz schriftlich zu erwidern. Aber eine solche Erwiderung kann nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes bei der Entscheidung nie berücksichtigt werden, sondern nur evtl. die Entscheidungsreife verhindern. In diesem Falle muß das Gericht neuen Verhandlungstermin anberaumen. Das ist die einhellige Auffassung von § 272 a. Zweifelnd nur Wach DJZ. 1924 S. 246. Die Einschränkung des MPr. liegt also bei § 272 a nur darin, daß möglicherweise bei der Entscheidung ein nachgereichter Schriftsatz der nicht säumigen Partei berücksichtigt werden kann; eine Fortführung des Prozesses auf schriftlichem Wege ist nicht möglich.

Daraus ergibt sich für die Art der Entscheidungsgrundlage, daß diese immer weitaus überwiegend aus mündlich Vorgetragenem bestehen, daß das schriftlich Erklärte nur ergänzende, zusätzliche Bedeutung haben wird. Für die praktische Anwendbarkeit der Vorschrift ergibt sich, daß diese auf nachträgliche Erklärungen nur ganz einfacher Natur beschränkt sein wird. Zum Nachbringen von verwickelten Erklärungen, von denen die Partei nicht weiß, ob sie dieselben in der gesteckten Frist nachbringen kann, wird sie sich bestimmt nicht bereit finden. Aus diesem Grunde den § 272 a, wie es Hodenberg in JW. 1924 S. 364 tut, als „im höchsten Grade unzweckmäßig" zu erklären, ist aber doch ganz ungerechtfertigt. Muß er doch selbst einige Zeilen später zugeben, daß die Vorschrift bei einfachen Erklärungen zweckmäßig sein kann.

Im einzelnen sind die Voraussetzungen für das Ergehen einer das MPr. durchbrechenden Entscheidung nach § 272a die folgenden:

a) Eine Partei muß in einem Verhandlungstermin eine neue tatsächliche Behauptung aufstellen, die sie ihrem Gegner nicht rechtzeitig vor dem Termin mitgeteilt hat. Das Aufstellen einer bloßen Gegenerklärung auf eine Erklärung der Gegenpartei hin genügt nicht. So auch die allgemeine Ansicht; vgl. Stein, Goldschmidt, Baumbach Erl. zu § 272a.

Sehr geteilt sind die Ansichten darüber, wann die neue Behauptung als nicht rechtzeitig mitgeteilt anzusehen ist. Die einen wollen die Entscheidung hierüber von Fall zu Fall dem Ermessen des Gerichts überlassen; die anderen erklären die Behauptung dann für nicht rechtzeitig mitgeteilt, wenn die Fristen des § 132 ZPO. verletzt sind. Zu ersteren gehört Stein, Freudenthal, Kann: Erl. zu § 272a, zu letzteren Goldschmidt, Sydow: Erl. zu § 272a. Nun handelt es sich gewiß um vorbereitende Schriftsätze, auf die § 132 Anwendung findet. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, daß, wenn die Fristen des § 132 nicht eingehalten sind, die im Termin aufgestellte neue Behauptung nicht rechtzeitig i. S. des § 272a angekündigt war.

Dem § 272a liegt der Gedanke einer Strafsanktion gegen denjenigen zugrunde, der eine neue Behauptung so spät ankündigt, daß die Gefahr einer Verzögerung des Prozesses hervorgerufen wird. Die Strafsanktion besteht darin, daß auf die nachgebrachte schriftliche Gegenerklärung des Ueberraschten hin keine weitere berücksichtigungsfähige Gegenerklärung des Säumigen möglich ist, daß eine solche Gegenerklärung höchstens das Gericht zur Abstandnahme von der Entscheidung veranlassen kann. Wegen der letzteren Möglichkeit ist es freilich mindestens ungenau zu sagen, § 272a mache den Säumigen „mundtot" (Striemer DJZ. 1924 S. 100 ff.) oder er überlasse dem Gegner des Säumigen „das letzte Wort" (Stein a.a.O.). Aber der den mißverständlichen Ausdrücken zugrunde liegende Gedanke ist richtig. Daher wäre es eine große Unbilligkeit, mit jener Strafsanktion jenen zu belegen, der z. B. statt 7 nur 6 Tage vor dem Termin die neue Behauptung seinem Gegner angekündigt hat. Man kann demgegenüber nicht auf das Ermessen des Gerichts verweisen, von dem die Durchbrechung des MPr. doch auch abhänge. Denn bestimmt sich die Rechtzeitigkeit nach dem Ermessen des Gerichts, so muß dieses notwendigerweise bei ihrer Prüfung zur Frage Stellung nehmen, ob der Partei ein prozessuales Verschulden zur Last fällt, da die Rechtzeitigkeit subjektiv gefaßt werden muß, also davon abhängt, ob die Partei

nach dem Inhalt der angekündigten Behauptung damit rechnen konnte und durfte, daß sich der Gegner im Termin zur Behauptung erklären kann. Diese Nötigung des Gerichts zur Untersuchung der Schuldfrage fällt weg, wenn man für die Rechtzeitigkeit die Wahrung bestimmter Fristen entscheidend sein läßt. Das Gericht hat zwar auch dann die Möglichkeit, die „säumige" Partei vor einem unverdienten Rechtsnachteil zu schützen, es wird aber von diesem Schutze in aller Regel keinen Gebrauch machen, weil die einmal feststehende Nichtrechtzeitigkeit nur zu leicht eine Verschuldensvermutung begründet, die sich aber mit der Sanktionsabsicht des § 272 a nicht wohl verträgt.

Die Ansicht, daß sich die Rechtzeitigkeit nach § 132 bestimmt, ist auch deshalb abzulehnen, weil dadurch die ohnehin nicht sehr weite Anwendungsmöglichkeit von § 132 eine sehr ins Gewicht fallende Einengung erleiden würde. Gerade die Fälle, in denen eine Behauptung weniger als eine Woche vor der Verhandlung angekündigt wird, und dennoch von keiner vorwerfbaren Saumsal gesprochen werden kann, sind häufig.

Die Schlußfolgerung Stein's aber daraus, daß einer die Fristen von § 132 wahrenden Partei niemals der Rechtsnachteil der Duplikabschneidung erwachsen dürfe, darauf, daß das Wort „rechtzeitig" in § 272 a im strengen Sinne (dem des § 132) zu fassen sei, ist eine verfehlte. Es kann daraus nur geschlossen werden, daß eine Partei, welche die Fristen von § 132 wahrt, auf jeden Fall rechtzeitig im Sinne von § 272 a handelt.

Nichts kann aber daraus für die Beantwortung der Frage gefolgert werden, ob die Nichteinhaltung der Fristen des § 132 ohne weiteres die Rechtzeitigkeit ausschließt. Diese Frage muß auf besondere Erwägungen gestützt und, wie ausgeführt, verneint werden.

b) Die nicht rechtzeitige Mitteilung der neuen im Termin aufgestellten tatsächlichen Behauptung muß zur Folge haben, daß die andere Partei keine Gegenerklärung abgeben kann. Ueber das Vorliegen des Kausalzusammenhangs hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Bei Nichtvorliegen des Kausalzusammenhangs — wenn also aus anderen Gründen als deshalb, weil die neue Behauptung nicht rechtzeitig mitgeteilt war, sich die Partei nicht erklären kann — ist eine Entscheidung nach § 272 a nicht möglich. Die Annahme Stein's, auch in diesem Falle sei eine Entscheidung nach § 272 a dann möglich, wenn der Gegner des Ueberraschten sein

Einverständnis erkläre, hat keine gesetzliche Unterlage und kann umsoweniger gebilligt werden, als es sich doch bei § 272 a um eine Ausnahmevorschrift handelt.

c) Die überraschte Partei muß beantragen, ihr eine Frist zu bestimmen, innerhalb deren sie die Erklärung, die sie im Termin nicht abgeben konnte, in einem Schriftsatz nachbringen kann. Daß die säumige Partei zustimmt, ist nicht verlangt, würde sich überhaupt mit dem pönalen Hintergrund von § 272 a nicht vertragen.

d) Erforderlich für das Ergehen einer Entscheidung nach § 272 a ist weiterhin, daß das Gericht die von der überraschten Partei beantragte Frist bestimme und einen Termin zur Verkündung der Entscheidung anberaume. Ob das Gericht das tun will, steht ganz in seinem Ermessen. Leitend für dasselbe wird stets sein müssen, ob erwartet werden kann, daß der nachzubringende Schriftsatz Entscheidungsreife schafft. Daher wird das Gericht meist dem Fristsetzungsantrag nur entsprechen können, wenn schon ausgiebig mündlich verhandelt worden ist und nur der eine oder andere einfache Restpunkt aufzuklären ist.

e) Der Rechtsstreit muß für die zu treffende Entscheidung reif sein. Die Entscheidungsreife stellt je nach der Art der zu treffenden Entscheidung verschieden abgestufte Anforderungen. Als Entscheidung kommt natürlich in erster Linie Urteil in Betracht, aber nicht ausschließlich. Die Entscheidung kann vielmehr auch ein Beweisbeschluß oder eine sonstige Entscheidung i. w. S. sein.

Entscheidungsreife kann dann niemals bestehen, wenn der nachträgliche Schriftsatz nicht eine einfache Gegenerklärung enthält, sondern auch wesentliche neue Behauptungen oder Anträge. Das ist ganz unbestritten (vgl. Striemer, Freudenthal, Stein, Baumbach a.a.O.) und folgt aus dem beschränkten Zweck von § 272a, nur dann den Prozeß nicht aufzuhalten, wenn an sich das Fehlen einer Gegenerklärung eine Vertagung nötig machte; das folgt ferner aus der Unmöglichkeit einer schriftlichen Fortführung des Prozesses und aus dem Grundsatz des beiderseitigen Gehörs. Geht der Schriftsatz über den Rahmen einer einfachen Gegenerklärung hinaus, so bleibt dem Gericht nichts übrig, als neuen Verhandlungstermin anzuberaumen, für den die im Schriftsatz enthaltenen Behauptungen lediglich vorbereitende Bedeutung haben, also nicht etwa schon auf schriftlichem Wege in den Prozeß eingeführt sind. Denn die Durchbrechung des MPr. gilt nur für den Fall, daß auch wirklich auf den nachgereichten Schriftsatz hin die Entscheidung ergeht.

Die prozessuale Entscheidungsreife besteht bei § 272 a darin,

aa) daß bis zum Ablauf der vom Gericht gesetzten Frist eine Abschrift des nachträglichen Schriftsatzes bei Gericht eingereicht wird. Wird sie auch nur ganz kurze Zeit nach Fristablauf eingereicht, so kann eine Berücksichtigung nicht in Betracht kommen, weil sonst durch Parteibelieben der Fristbestimmung ihre Bedeutung genommen werden könnte. Die säumige überraschte Partei hat dann eben die ihr durch § 272 a eingeräumte Vorzugsstellung verscherzt und es muß neuer Verhandlungstermin anberaumt werden. Dies ergibt sich auch aus Satz 1 des § 272 a. Wenn nämlich die Erklärung nach Ablauf der Frist nicht angebracht werden „kann", so ist damit gesagt, daß sie bei einer Entscheidung auch nicht berücksichtigungsfähig ist. Dem widerspricht freilich Satz 2, wonach der Schriftsatz zu berücksichtigen ist, wenn er bis zum Verkündungstermin eingereicht ist. Trotz dieser redaktionellen Unstimmigkeit muß aus dem angegebenen Grunde der Ausschaltung des Parteibeliebens angenommen werden, daß die Berücksichtigungsfähigkeit von der Einhaltung der Frist abhängt.

bb) daß bis zum Verkündungstermin die Zustellung des Schriftsatzes an den Gegner nachgewiesen wird. Eine „rechtzeitige" Zustellung ist also nicht gefordert. Doch hat die Notwendigkeit des Zustellungsnachweises zur Folge, daß stets die Zustellung so lange vor dem Verkündungstermin erfolgt sein muß, daß dem Gegner Gelegenheit bleibt, das Ergehen der Entscheidung unter Verwertung des nachgereichten Schriftsatzes durch einen Gegenschriftsatz evtl. zu vereiteln. Aus der in diesem Punkt widerspruchslosen Fassung des § 272 a ist zu schließen, daß es das Ergehen der Entscheidung nicht hindert, wenn bei Fristablauf der Zustellungsnachweis noch nicht erbracht ist. Es genügt, wenn dies nachträglich geschieht. Dem kann das Gericht durch Verschiebung des Verkündungstermins Rechnung tragen. Ebenso u. a. Stein, Sydow: Erl. zu § 272 a.

Die geschilderten Voraussetzungen einer Durchbrechung des MPr. durch Ergehen einer Entscheidung nach § 272 a zeigen, wie eng begrenzt der Anwendungsbereich der Vorschrift ist. Allein trotzdem kann, wie ziemlich allgemein anerkannt wird, die Neuerung oft segensreich wirken.

III. Oft wird § 272 b unter den durch die Novelle gebrachten Einschränkungen des MPr. genannt. Nach dieser neuen Bestimmung kann der Vorsitzende oder ein von ihm bestimmtes Mitglied des Prozeßgerichts schon vor der m. V. alle Anordnungen treffen, die angebracht erscheinen, damit der Rechtsstreit tunlichst in einer m. V. erledigt wird. (Der § 272 b enthält so-

dann eine Aufzählung der wichtigsten Beispiele.) Diese Vorschrift hat größte Aehnlichkeit mit der früher als Einschränkung des MPr. besprochenen Bestimmung des § 501, wonach das Gericht Anordnungen, die nach der Klageschrift oder den vorbereitenden Schriftsätzen zur Aufklärung des Sachverhältnisses dienlich erscheinen, schon vor der m. V. treffen kann. Bekanntlich erfuhr durch die Novelle 1923 diese zuerst nur fürs AG.-Verfahren vorgesehene Bestimmung eine Ausdehnung auf das Verfahren vor dem LG. und OLG. Bei Besprechung der Einschränkungen des MPr. durch die Novelle 1923 wurde aber bereits betont, daß Art. I A 2 (§ 23) deshalb keine Einschränkung des MPr. bedeutet, weil die betreffenden Anordnungen nur der Vorsitzende, nicht das erkennende Gericht als solches zu treffen hat, es sich also nicht um Entscheidungen des Prozeßgerichts handelt, auf die allein das MPr. sich bezieht. Aber während die Novelle 1923 den § 501 ZPO. selbst unberührt gelassen hat, hebt der durch die Novelle 1924 neugeschaffene § 272 b ZPO., der nur von Anordnungen des Vorsitzenden spricht, den früheren § 501 ZPO. ganz auf und damit auch die in ihm enthaltene Einschränkung des MPr.

Manchmal wird auch von dem neu eingeführten „Verfahren vor dem Einzelrichter" (§§ 348ff. ZPO.) behauptet, es habe notwendig eine Einschränkung des MPr. zur Folge. Das wäre nur dann möglich, wenn der Einzelrichter der ZPO. eine prozessuale Stellung einnähme, wie ein ersuchter oder beauftragter Richter, oder wie sie der preußische Richterkommissar innehatte. Allein mit keinem Wort räumt unsere ZPO. dem Einzelrichter die Rolle einer richterlichen Mittelsperson zwischen Partei und Prozeßgericht ein. Der Einzelrichter ist vielmehr selbst Prozeßgericht, allerdings mit grundsätzlich beschränkter Entscheidungsmacht. Dem würde eine Pflicht des Einzelrichters widersprechen, dem ordentlich besetzten Gericht schriftlich mitzuteilen, was die Parteien vor ihm in tatsächlicher Hinsicht erklärten. Hätte das Gesetz das gewollt, so hätte es von ihm auch ausdrücklich ausgesprochen werden müssen, da dann mit dem Einzelrichterverfahren die weitgehendste Einschränkung des MPr. in der Tat verbunden wäre. Ist der Einzelrichter aber keine richterliche Hilfsperson zur Übermittlung des Parteivorbringens, ist das Verfahren vor ihm ebenso Prozeßverfahren wie das Verfahren vor dem erkennenden Kollegialgericht, so muß das Verfahren vor dem Einzelrichter selbst dem MPr. unterstehen (ebenso Sonnen Erl. zu § 348) und muß das tatsächliche Vorbringen der Parteien vor dem Einzelrichter genügen, um es zu Streitstoff in dem zusammengehörigen, erst einzel-, dann kollegialrichterlichen Verfahren zu machen. Der nach herrschender Ansicht notwendige mündliche Vortrag der Parteien über die wesentlichen Ergebnisse

des einzelrichterlichen Verfahrens vor dem Kollegialgericht berichtet also nur über schon vorhandenen Streitstoff, hat mit dem MPr. so wenig zu tun wie die Vorschrift des § 285 II.

Soweit der Einzelrichter gemäß § 349 selbständige Entscheidungsbefugnisse hat, gelten alle bisher besprochenen Einschränkungen des MPr. auch im Verfahren vor ihm. So Sonnen a. a. O.; vgl. auch Reinberger Recht 1924 S. 69 ff., Keidel Z.f.R. i. B. 1924 S. 129. Das folgt daraus, daß er das Prozeßgericht in allen seinen Funktionen repräsentiert, so daß also das Verfahren vor ihm dieselbe rechtliche Bedeutung hat, als ob es sich vor dem Kollegialgericht selbst abspielte. Man kann geradezu von einer Fiktion reden, daß das Verfahren vor dem Einzelrichter Verfahren vor dem Prozeßgericht sei. Warum Sonnen a. a. O. für das Schiedsurteil eine Ausnahme machen will, ist nicht ersichtlich. Sein Hinweis darauf, das Schiedsurteil könne nur „das zuständige Gericht 1. oder 2. Instanz" erlassen, besagt für seine Ansicht nichts. Denn soweit der Einzelrichter an Stelle des Prozeßgerichts entscheiden kann, ist er „als zuständiges Gericht 1. oder 2. Instanz" zu fingieren.

5. Abschnitt.

Die Entscheidung nach Lage der Akten.

Der Begriff „nach Lage der Akten" war vor der Novelle 1924 in Gesetzgebung und Schriftum nicht gebräuchlich. In der Novelle findet er sich nur in den neuen §§ 251 a und 331 a. Es liegt daher nahe, nur Entscheidungen, die nach diesen beiden §§ ergehen, E. n. L. d. A. zu nennen. Sobald aber durch die Novelle dieser Begriff ins Dasein gerufen war, benutzte man ihn häufig zur einheitlichen Bezeichnung von Entscheidungen, die in Durchbrechung des MPr. ergehen. Man nennt also z.B. auch die Entscheidung nach § 7 EV., § 272 a, § 279 a ZPO. eine E. n. L. d. A. Diese Begriffserweiterung ist darauf zurückzuführen, daß die Entscheidungen der §§ 251 a und 331 a mit jenen anderen hinsichtlich der Entscheidungsgrundlage große Gemeinsamkeiten aufweisen. Nicht nur ist bei ihnen allen das MPr. eingeschränkt, gemeinsam ist auch die Art der Einschränkung: Nirgends ist die Mündlichkeit als essentielle Erscheinungsform der tatsächlichen Parteierklärungen völlig entthront, nirgends gilt das Schriftprinzip. Ueberall ist das der Entscheidung zugrunde liegende Material eine Mischung aus schriftlichen und mündlichen Elementen. Aber trotzdem ist es nicht ratsam, den Begriff der E. n. L. d. A. so zu verallgemeinern. Denn dies verleitet dazu, über dem Aufstellen einheitlicher Theorien die Besonderheiten der einzelnen Fälle zu übersehen. So unterscheidet sich z. B. die Grundlage der Entscheidung nach § 7 EV. trotz mancher Uebereinstimmungen recht wesentlich von der Grundlage einer Entscheidung nach § 251 a und § 331 a. Dies wird sich aus dem folgenden noch ergeben.

Hingegen ist zwischen § 251 a und § 331 a in Ansehung der Entscheidungsgrundlage nicht der geringste Unterschied, was zwingend aus der Gleichheit des Ausdrucks: „. . . kann nach Lage der Akten entscheiden" hervorgeht. Es erscheint daher gerechtfertigt, vor Darstellung der in den beiden Fällen freilich verschiedenen Voraussetzungen des Ergehens einer das MPr.

durchbrechenden E. n. L. d. A. gemeinsam für die beiden Fälle zu erörtern, was Entscheidungsgrundlage sein kann, was der Ausdruck „Lage der Akten" bedeutet.

Auf den ersten Blick möchte es so scheinen, als fordere der Ausdruck, es dürfte bei der Entscheidung nur das berücksichtigt werden, was schwarz auf weiß in den Gerichtsakten enthalten ist. Dieser am Wortlaut klebenden Ansicht ist eine nicht unerhebliche Minderheit von Schriftstellern und Kommentatoren. So namentlich Sonnen, Erl. zu § 251 a III b 4, Reinberger Recht 1924 S. 478 ff., Wach DJZ. 1924 S. 246 ff., Keidel Z. f. R. i. B. 1924 S. 129 ff., Püschel Recht 1924 S. 357 ff., Sydow Erl. zu § 251 a. Zur Begründung dieser Ansicht beruft man sich fast stets allein auf den Wortlaut. Diesen hält man für so beweiskräftig, daß man anderer Beweisgründe nicht zu bedürfen glaubt. Nur ganz vereinzelt wird auch nach solchen gesucht; so z. B. von Püschel a.a.O., der erklärt, eine ausdehnende Auslegung des Gesetzes zu Gunsten der Parteien verbiete sich deshalb, weil die E. n. L. d. A. die Parteien nicht begünstigen, sondern gewissermaßen eine Strafe, ein Druck sein solle, den Prozeß ordnungsmäßig zu betreiben. Allein, ist letzteres auch unbestreitbar, so folgt daraus noch nichts für die Unbeachtlichkeit alles nur mündlich Vorgetragenen. Würde hierin die Strafe für nicht ordnungsmäßiges Betreiben des Prozesses bestehen, so müßte angenommen werden, daß das Gericht verpflichtet sei, das nur mündlich Vorgebrachte unberücksichtigt lassend, unter Umständen gegen seine Ueberzeugung zu entscheiden. Dieses Ergebnis ist unannehmbar. Lehnt man es aber ab, so würde die Ansicht, daß nur der Akteninhalt Entscheidungsgrundlage sei, nur zu Verzögerungen des Prozesses führen, weil das nur mündlich Vorgebrachte dann bewirken würde, daß das Gericht noch nicht Entscheidungsreife annehmen könnte.

Jedenfalls beweist dieses Suchen nach einer tieferen Begründung der wörtlichen Auslegung des Gesetzes, daß man vereinzelt doch nicht allzu fest an die Beweiskraft der Wortlaut-Begründung glaubt. Auch Wach a.a.O. fühlt sich nicht ganz sicher: „ . . . . Sollte die Meinung eine andere sein, so ist der Wortlaut verfehlt." Aber während Wach nur etwas schwankt, im Grunde die streng wörtliche Auslegung für richtig hält, gibt es andere Anhänger der strengen Auslegung, die wenigstens insofern den Wortlaut des Gesetzes für unrichtig halten, als es nicht darauf ankommen soll, daß sich das Schriftmaterial gerade in den Akten, als es genügt, wenn es sich irgendwo in den Räumen des Gerichts befindet, mag es auch zu den Akten noch nicht gelangt sein. So Püschel [1]) und Reinberger a.a.O.

[1]) Unter Püschel a. a. O. wird immer Püschel Recht 1924, S. 357 ff. verstanden im Gegensatz zu Püschel (Einzelrichter).

Dieser Bruch mit der streng wörtlichen Auslegung beruht sicherlich auf vernünftigen Gründen, aber er geht lange nicht weit genug. Gewiß muß in erster Linie bei der Auslegung von Gesetzen immer der Wortlaut maßgebend sein. Aber es gibt doch auch eine extensive Auslegung, die einen weiteren Tatbestand als dem Gesetz unterfallend erklärt, als der vom Gesetzeswortlaut gedeckt wird. Das sind die Fälle, in denen mit vollkommener Deutlichkeit sich aus dem Gesetz selbst ergibt, daß der Wille hinter dem Ausdruck zurückgeblieben ist Die §§ 251a und 331a sind typische Fälle notwendiger extensiver Gesetzesinterpretation. Denn, worauf noch zurückzukommen ist, die beiden §§ verlangen für das Ergehen eines Urteils n. L. d. A., daß früher einmal eine m. V. stattgefunden hat. Es wäre im höchsten Maße absurd, wollte man annehmen, daß zwar eine frühere m. V. Bedingung für das Ergehen eines Urteils ist, daß aber in diesem Urteil dasjenige, was in dieser Verhandlung mündlich vorgetragen wurde — protokolliert wird bekanntlich der mündliche Vortrag nie — im Urteil nicht berücksichtigt werden dürfe. Welch anderem Zweck soll denn das Erfordernis einer früheren m. V. dienen als dem, daß in ihr die Parteien einmal Gelegenheit gehabt haben sollen, durch mündlichen Vortrag Entscheidungsgrundlagen zu liefern? Aus dem Erfordernis einer früheren m. V. beim Urteil n. L. d. A. geht somit unwiderleglich der Wille des Gesetzes hervor, daß, jedenfalls wenn die Entscheidung Urteil ist, auch in den Akten nicht enthaltenes, lediglich mündliches Vorbringen der Parteien berücksichtigungsfähig sein soll. Was aber in dieser Hinsicht für die Urteilsgrundlage gilt, das muß für die Grundlage jeder Entscheidung gelten. Denn wenn für andere Entscheidungen das Gesetz von dem Erfordernis früherer m. V. absieht, so tut es das nur deshalb, weil ihm diese nicht so wichtig erscheinen wie das Urteil. Geht es aber bei dem Urteil erkennbar davon aus, daß auch das bloß mündlich Vorgetragene berücksichtigungsfähig ist, so muß es auch seinem Willen entsprechen, daß dies in gleicher Weise von anderen Entscheidungen gilt.

Aus alledem ergibt sich, daß, was Wach in Form eines leisen Zweifels fühlt, zutrifft: Der Wortlaut: „nach Lage der Akten" ist verfehlt. „Aktenlage" ist also nicht wörtlich zu nehmen. Es ist darunter die Verfahrenslage zu verstehen, „der Inbegriff des ordnungsmäßig in den Rechtsstreit eingeführten Stoffes" (Kann JW 1924 S. 383 ff.). So die herrschende Meinung: Goldschmidt und Stein: Erl. zu § 251a, Volkmar Recht 1924 S. 207 ff., Striemer DJZ. 1924 S. 100 ff.; wenn letzterer meint, daß insofern der Ausdruck „Lage der Akten" angehe, als „acta" ursprünglich das Prozeßgeschehen überhaupt bedeutete, das sich schriftlich und mündlich vollziehen könne, so ist ihm zu er-

widern, daß eben heutzutage das Wort „Akten“ nicht mehr diesen weiten Sinn hat. Weitere Vertreter der herrschenden Meinung sind Kann a. a. O. und Komm. Erl. zu § 251a, Delius Recht 1924 S. 97 ff., Samter (Güteverfahren und Streitverfahren vor dem AG. S. 57), Heinsheimer („der neue Zivilprozeß“ S. 43), Baumbach Erl. zu § 251a, Püschel („der Einzelrichter“ S. 82).

Mit dem Satze, daß die Entscheidungsgrundlage eine gemischte, mündlich-schriftliche sei, kann man, was manchmal übersehen wird, die herrschende Meinung nicht in Gegensatz stellen zur streng wörtlichen Interpretation. Denn auch nach dieser ist die Entscheidungsgrundlage eine mündlich-schriftliche, auch nach dieser gilt für §§ 251a, 331a nicht das Schriftprinzip. Soweit es sich nämlich um die Berücksichtigung in früherer m. V. abgegebener und dazu in den Akten enthaltener Erklärungen der Parteien handelt ist auch nach dieser Ansicht die Entscheidungsgrundlage eine mündliche. Denn das Gericht hat von den Parteien selbst die Erklärungen in mündlicher Form empfangen. Das hinzutretende Erfordernis schriftlicher Fixierung durch das Prozeßgericht kann den Erklärungen nicht den Charakter von mündlichen nehmen. Daher bedeutet auch diese abzulehnende Ansicht keine weitergehende Einschränkung des MPr. als die herrschende. Nur daß nach ihr der schriftlichen Fixierung des mündlich Vorgetragenen eine Bedeutung zukommt, die ihr die herrschende Ansicht abspricht, daß nach ihr die in mündlicher Form abgegebene tatsächliche Erklärung nicht ohne weiteres, sondern nur unter Hinzutritt der Bedingung schriftlicher Fixierung Entscheidungselement ist.

Im folgenden werden nun die Voraussetzungen des Ergehens einer E. n. L. d. A. einzeln aufgeführt. Und zwar zuerst die der Entscheidung nach § 251 a, weil § 251 a in mancher Beziehung die Grundlage für § 331 a bildet, wie auch die Bezugnahme in § 331 a zeigt.

I. Voraussetzungen des Ergehens einer Entscheidung nach § 251 a.

1) Es muß ein Termin anstehen. Durch diese erste Voraussetzung (die auch für § 331 a gilt) unterscheidet sich aufs schärfste der prozessuale Tatbestand der E. n. L. d. A. von dem der Entsch. ohne m. V. nach § 7 EV. Hier braucht kein Termin anzustehen; man denke an den Fall, daß mit Einreichung der Klage alsbald das Einverständnis der Parteien mit Entsch. ohne m. V. abgegeben wird. § 7 EV. will gerade die Möglichkeit eröffnen, daß kein Termin angesetzt zu werden braucht, oder doch, wenn schon einer angesetzt ist, daß dieser Termin wieder abgesetzt werden kann. Ziel des § 7 ist: Beseitigung

der Mündlichkeit dort, wo sie nach Ansicht sämtlicher Beteiligter im wesentlichen überflüssige, den Prozeßgang aufhaltende Formalität sein würde. § 251 a (ebenso wie § 331 a) bezweckt unmittelbar etwa anderes, wenn auch sein Endziel, die Beschleunigung des Prozesses, gewiß das gleiche ist. Er wendet sich nicht gegen die auf objektiven Tatsachen, sondern gegen die auf Parteiwillen beruhende Prozeßverzögerung und zwar im Gegensatz zu § 331 a, gegen die auf beiderseitigem Parteiwillen beruhende Prozeßverzögerung.

Früher hatten es die Parteien in der Hand, nicht nur durch Verabredung, sondern auch durch ihr beiderseitiges Ausbleiben im Termine das Verfahren zum Ruhen zu bringen. Diese das Verfahren verzögernde Herrschaft der Parteien über die Termine wollte die Novelle 1924 vernichten. Sie hat an Stelle der Parteiherrschaft die Gerichtsherrschaft über die Termine gesetzt. Daher konnte künftighin das beiderseitige Ausbleiben im Termin nicht mehr ohne weiteres das Verfahren zum Stillstand bringen, da sich sonst durch das Hintertürchen des beiderseitigen Terminsschwänzens die Parteiherrschaft über die Termine im Prozeß hätte behaupten können. Das Gesetz legt daher drei Möglichkeiten in die Hand des Gerichts: es kann von amtswegen vertagen, das Ruhen anordnen und endlich n. L. d. A. entscheiden.

Die E. n. L. d. A. ist im Gegensatz zu den beiden anderen Möglichkeiten, die neue Termine nötig machen, eine Maßregel des Gerichts, die zwar nicht, wie das Einverständnis nach § 7 EV., einen bereits angesetzten Termin überflüssig macht, die auch nicht ermöglicht, ohne jeglichen vorangegangenen Termin zu entscheiden, deren Ziel aber doch, wie bei § 7 EV., die Ersparung überflüssiger Termine ist. Während aber bei § 7 Termine deshalb als überflüssig erscheinen, weil der mit ihnen zu bezweckende Erfolg auf schriftlichem Wege ebenso sicher, bequemer und rascher als durch mündliches Verhandeln im Termine erreichbar ist, erscheint nach § 251 a (ebenso bei § 331 a) ein neuer Termin deshalb unnötig, weil bereits im Zeitpunkt des angesetzten, aber nicht zum beiderseitigen Verhandeln benutzten Termins die Entscheidung ergehen kann.

Das Nichtzustandekommen einer Verhandlung der Parteien in einem angesetzten Termin soll nach § 251 a nicht das Ergehen einer fälligen Entscheidung vereiteln können. Gemäß diesem Zweck des § 251 a ist es notwendig, daß der anstehende Termin ein Termin zur m. V. sei. Es genügt also nicht ein Beweistermin oder ein Verkündungstermin. Ebenso Goldschmidt, Baumbach a.a.O.

Daß der anstehende Termin dem Verfahren einer bestimmten Instanz angehört, wird nicht verlangt. Das Verfahren nach § 251 a ist daher auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz möglich.

2) Im angesetzten Termin zur m. V. müssen entweder beide Parteien ausbleiben oder es muß eine Partei ausbleiben und die andere zwar im Termin erscheinen, aber keine Anträge zur Sache stellen, oder endlich, es müssen beide Parteien zwar im Termin erscheinen, aber ohne Anträge zur Sache zu stellen. Den letzten Fall nennt das Gesetz nicht ausdrücklich, er ist aber deshalb dem ersten gleichzustellen, weil angenommen werden muß, daß ebenso wie im Versäumnisverfahren (§ 333) auch im Verfahren nach § 251 a diejenige Partei, die im Termin zwar erscheint, aber nicht verhandelt, als nicht erschienen anzusehen ist. Ebenso Stein und Sonnen: Erl. zu § 251 a. Es ist nicht zu erkennen, warum das Gesetz zwischen dem Fall, daß beide Parteien erscheinen, aber nicht verhandeln, und dem anderen, daß nur eine Partei erscheint, aber nicht verhandelt, einen Unterschied hätte machen wollen. Ferner findet ja § 333 auch auf die E. n. L. d. A. gem. § 331 a Anwendung. Das zu leugnen mit dem Hinweis darauf, daß § 333 die erschienene Partei als „nicht erschienen", nicht als „ausgeblieben" fingiere, welch letzteren Ausdruck § 331 a gebrauche, ist nicht möglich. Abgesehen davon, daß dem Gesetz die spitzfindige Unterscheidung zwischen „nicht erschienen" und „ausgeblieben" doch kaum zuzutrauen ist, gebraucht § 331 a selbst die beiden Wörter im gleichen Sinne, indem die Bestimmung von § 251 a I S. 2—4 von ihm für entsprechend anwendbar erklärt ist. Gilt aber § 333 für § 331 a, warum sollte er nicht auch für § 251 a gelten? Es ist kein innerer Grund denkbar, weshalb hier die erscheinende, aber nicht verhandelnde Partei anders behandelt werden sollte. Freilich kann eingewendet werden, warum § 251 a, wenn er den § 333 angewendet wissen will, überhaupt als Voraussetzung des Ergehens einer E. n. L. d. A. den Fall nennt, daß eine Partei zwar erscheint, aber keine Anträge zur Sache stellt, und warum er den anderen, daß beide Parteien erscheinen, ohne zu verhandeln, unerwähnt läßt. Allein das ist eben eine jener zahlreichen redaktionellen Ungereimtheiten der Novelle, die auf ihre flüchtige Entstehungsart zurückgehen.

Zur Verhinderung einer E. n. L. d. A. gem. § 251 a ist immer ein Antrag zur Sache erforderlich. Da § 251 a voraussetzt, daß mindestens eine Partei ausgeblieben ist, kann nur ein Sachantrag in Frage kommen, der in nicht-kontradiktorischer Verhandlung möglich ist, also der Antrag auf Versäumnisurteil. Der Antrag auf E. n. L. d. A. verhindert zwar gleichfalls eine

Entscheidung nach § 251 a, führt aber ebenfalls zur E. n. L. d. A. (§ 331 a). Ebenso Reinberger Recht 1924 S. 478 ff., Sydow und Goldschmidt Erl. zu § 251 a. Also hindert z. B., wenn eine Partei erscheint und lediglich Vertagung beantragt, dies das Ergehen einer Entscheidung nach § 251 a nicht. Denn der Vertagungsantrag ist kein Sachantrag. Ebensowenig wird das Ergehen einer Entscheidung nach § 251 a gehindert, wenn die allein erschienene Partei zwar einen Sachantrag stellt, dieser aber rechtlich infolge eines besonderen Umstandes als nicht gestellt zu betrachten ist. So, wenn die Partei Entscheidung nach § 331 a unter der Bedingung beantragt, daß sie günstig für sie ausfalle. Dann kann Entscheidung nach § 251 a ergehen.

3) Die ausbleibende oder keine Sachanträge stellende Partei muß ordnungsmäßig, insbesondere rechtzeitig (§ 217 ZPO.) geladen sein. Das folgt daraus, daß für eine nicht ordnungsmäßig geladene Partei keine prozessuale Verpflichtung besteht, im Termin zu erscheinen, die Entscheidung nach § 251a aber, ähnlich wie die nach § 272a, Strafcharakter hat. Reinberger a. a. O. spricht geradezu von der „Strafe der Aktenentscheidung". Daß das Wort „Strafe" hier etwas ungewöhnlich klingt, braucht nicht von seinem Gebrauch abzuhalten. Es muß einen wesentlich anderen Sinn haben als sonst, weil auch die Prozeßpflichten Pflichten in einem ganz eigenen Sinne sind. Nur insofern kann man bei der Entscheidung nach § 251a von einer Strafe sprechen, als hienach, ohne daß die Parteien nochmals zu Wort kommen, obwohl sie vielleicht noch das und jenes vorzubringen hätten, die Verhandlung geschlossen und Entscheidung erlassen werden kann, wenn auf Grund des bisher Vorgebrachten sich der Streitfall dem Gericht als hinreichend geklärt darstellt. § 251a bringt für jede nicht verhandelnde Partei die Gefahr einer prozessualen Rechtsverkümmerung und will sie bringen, um die Parteien zu veranlassen, ihrer „Pflicht" zum Verhandeln im angesetzten Termin zu genügen. Ist aber eine Partei zum Verhandeln im Termin wegen Ladungsmangels nicht verpflichtet, so kann ihr auch diese Gefahr unmöglich erstehen, es darf also keine Entscheidung nach § 251 ergehen.

Daß bei Nichtladung oder nicht ordnungsmäßiger Ladung eine Entscheidung nach § 251a nicht ergehen kann, ist die allgemeine Ansicht. A. M. nur Kann JW 1924 S. 383 ff., der trotzdem ein Urteil (warum nur Urteil, ist nicht ersichtlich) nach § 251a zuläßt, wenn es in vollem Umfang zu Gunsten des Gegners der ladenden Partei lautet. Gegen die Ansicht Kann's wendet sich besonders Reinberger a. a. O., der u. a. auch mit Recht darauf hinweist, daß das Urteil, auch wenn es im vollen Umfange für eine Partei günstig ist, ihr doch unerwünscht sein könne, ferner

darauf, daß bei Nichtladung im Falle des § 331a nicht einmal auf Antrag der erschienenen Partei eine E. n. L. d. A. zu ihren Gunsten ergehen könne (§ 335 I Nr. 1).

Die ordnungsmäßige Ladung jeder nicht erschienenen oder keine Sachanträge stellenden Partei muß — das verleiht der Voraussetzung ordnungsmäßiger Ladung erst praktischen Wert—, bevor das Gericht nach § 251a entscheidet, vom Gericht geprüft und positiv festgestellt werden. So auch die h. M. Daß das Gericht dieser Prüfung und Feststellung enthoben sei, behaupten Goldschmidt und Sonnen a. a. O., jener, weil im Falle der Parteiladung bei Ausbleiben oder Nichtverhandeln beider Parteien es dem Gericht gar nicht möglich sei, jene Feststellung zu treffen. Allein das beweist doch nur, daß zu § 251a wie zu anderen Vorschriften der Novelle eigentlich nur die Ladung von Amts wegen paßt, nicht, daß überhaupt die ordnungsmäßige Ladung nicht festgestellt zu werden braucht. Es sind ja auch nach geltendem Recht schon die Prozesse mit Parteiladung (Novelle 1909 führte im AG.-Verfahren den Amtsbetrieb ein) verhältnismäßig selten. Nach Sonnen bedarf es der Feststellung der Ordnungsmäßigkeit der Ladung nicht, weil sie vermutet werde. Bestimmend für Sonnens Ansicht scheint zu sein, daß sich für § 331a die Notwendigkeit der Feststellung ordnungsmäßiger Ladung unmittelbar aus dem Gesetz (§ 335) ergibt. Auf die Frage aber, warum er gerade den Umkehrschluß wählt, bleibt er die Antwort schuldig.

Soweit das Schrifttum die Notwendigkeit der Feststellung ordnungsmäßiger Ladung annimmt, wird auch die Frage, wonach das Gericht diese Feststellung zu treffen habe, meist dahin beantwortet, daß das freie Ermessen des Gerichts entscheide daß das Gericht an Feststellungsmittel bestimmter Art nicht gebunden sei. So Stein, Baumbach, Püschel a. a. O., Rosenberg L. S. 320. Nach ihnen genügt zur Feststellung besonders ein Schriftsatz, aus dem auf die erfolgte Ladung zu schließen ist. Da es aber sehr häufig zweifelhaft sein wird, ob sich solch ein Schluß rechtfertigt, dürfte die Ansicht die richtigere sein, die den Beweis der Ladung lediglich durch formgerechten Zustellungsnachweis zuläßt. Aus diesem ergibt sich zugleich mit der Ladung selbst deren Ordnungsmäßigkeit.

4) Bestritten ist, ob das Ergehen einer E. n. L. d. A. gem. § 251 a unveränderte Gerichtsbesetzung voraussetzt, ob also bei der Fällung der Entscheidung nur ein solcher Richter mitwirken darf, der die ganze Verhandlung mitgemacht hat. Etwa $^2/_3$ der Schriftsteller und Kommentatoren verneinen, $^1/_3$ bejaht. Es verneinen in der Regel diejenigen, welche die „Aktenlage“

als Gesamtheit der in den Gerichtsakten enthaltenen Schriftstücke auffassen; es bejahen meist diejenigen, denen „Aktenlage" soviel wie Verfahrenslage bedeutet. Zu den ersteren gehören: Stein, Sonnen, Reinberger, Püschel, Sydow, Baumbach a. a. O., Püschel („der Einzelrichter" S. 78 ff.); Volkmar (Handwörterbuch der Rechtswissenschaft: „E. n. L. d. A."); Kann Erl. zu § 251a, Hodenberg JW. 1924 S. 364 ff. Sie alle meinen, § 309 ZPO könne deswegen bei § 251a keine Anwendung finden, weil auch dann, wenn früher eine m. V. stattgefunden hat, bei der Entscheidung nur berücksichtigt werden kann, was schriftlich in den Akten niedergelegt ist. Deshalb, glaubt man, könne ein Richter, der erst im letzten Augenblick einspringe, die Entscheidung ebenso gut treffen, wie einer, der der früheren m. V. beigewohnt hat. Dies ist jedoch unrichtig, selbst wenn die Ansicht richtig wäre, daß Aktenlage gleich Akteninhalt sei. Denn auch dann bildete bei vorausgegangener m. V. der mündliche Vortrag in dieser die Entscheidungsgrundlage. Entscheidungsgrundlage kann ja immer nur die Erklärung selbst in dieser oder jener Form sein. Protokollierung ist nur Bericht über eine abgegebene Erklärung. Ist Entscheidungsgrundlage ungeachtet der Notwendigkeit der Protokollierung der mündliche Vortrag in der m. V., so kann es nicht richtig sein, daß es keinen Unterschied mache, ob der bei der Entscheidungsfällung mitwirkende Richter an der früheren m. V. teilgenommen hat oder nicht. Letzterenfalls urteilt er nur nach den Buchstaben der Akten, ersterenfalls entscheidet er auf Grund des in der m. V. Gehörten, soweit es auch in den Akten enthalten ist. Das ist ein gewaltiger Unterschied. Ist es doch ein Hauptvorzug des mündlichen Parteivortrags, daß er in ganz anderer Weise als die Schrift die Wahrheit im Prozeß fördert. Nach all dem ist es innerlich nicht begründet, aus dem zunächst als wahr unterstellten Satze, daß Aktenlage gleich Akteninhalt sei, zu folgern, daß die Entscheidung nach § 251a auch ergehen könne, wenn Richterwechsel stattgefunden habe. Die Unmöglichkeit dieser Folgerung hat nur Keidel Z. f. R. i. B. 1924 S. 129 ff. erkannt, — oder gefühlt. Er faßt zwar die „Aktenlage" im strengen Sinne auf, hält jedoch gleiche Gerichtsbesetzung wegen § 309 für nötig.

Nun ist es aber, wie früher schon ausgeführt, gar nicht richtig, daß das Gericht bei § 251a nur Akteninhalt berücksichtigen dürfe, sondern Aktenlage ist ein falscher Name für Verfahrenslage. Von diesem Ausgangspunkt aus muß man erst recht dazu gelangen, dann, wenn bei der Entscheidung in m. V. Vorgetragenes mit zur Entscheidungsgrundlage gehört, nach § 309 einen Richterwechsel für ein Hindernis des Ergehens der Entscheidung zu erklären. Denn soweit die Entscheidung nach § 251a auf m. V. beruht, ist auch das der Entscheidung voran-

gehende Verfahren ein mündliches, ist auch der Wegfall der Unmittelbarkeitsgarantie von § 309 unbegründet. Wenn aber Goldschmidt und Keidel a. a. O., ferner Rosenberg L. S. 322 ganz allgemein unveränderte Gerichtsbesetzung für eine Voraussetzung des Ergehens einer Entscheidung nach § 251a erklären, gehen sie zu weit. Denn andere Entscheidungen als Urteile setzen nach § 251a S. 2 überhaupt keine m. V. voraus. In diesem Fall, aber überhaupt stets dann, wenn als Entscheidungsgrundlage nur schriftliche Parteierklärungen in Betracht kommen, ist die Beachtung von § 309 sinnlos. Ob also Voraussetzung einer Entscheidung nach § 251a Gleichheit der Gerichtsbesetzung ist, hängt davon ab, ob Entscheidungsgrundlage nur schriftliche oder auch mündliche Erklärungen der Parteien sind.

Dem Fehler der Verallgemeinerung, den Goldschmidt und Keidel machen, suchen Kann JW. 1924 S. 383 ff. und Kom. Erl. zu § 251a und Delius Recht 1924 S. 97 ff. zu entgehen, verfallen in diesem Bestreben aber in neuen Irrtum. Kann meint, gleiche Gerichtsbesetzung sei nicht nötig bei erschöpfender Protokollierung, Delius, wenn das Gericht den Vortrag eines sich an die frühere m. V. erinnernden Gerichtsmitglieds für ausreichend hält. Abgesehen davon, daß beide Ausnahmen größte Unsicherheit in sich bergen würden, ist, wie schon dargelegt, selbst eine „erschöpfende" Protokollierung, aber erst recht ein Richtervortrag über die in früherer m. V. erfolgten Parteierklärungen niemals Urteilsgrundlage, kann diese auch niemals ersetzen, weil Protokoll und Richterbericht nur ein mattes Abbild des mündlichen Parteivortrages geben können.

5) Von einigen wird die Behauptung aufgestellt, der Einzelrichter (§§ 348 ff.) könne ein Urteil n. L. d. A. nicht erlassen, bei einem Urteil sei also Voraussetzung einer Entscheidung nach § 251a, daß es nicht im Verfahren vor dem Einzelrichter von diesem zu erlassen sei. So Reinberger a. a. O. und Heilberg JW. 1924 S. 361 ff. Beide setzen sich über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinweg, das in § 349 I bestimmt: Der Einzelrichter hat zu entscheiden in den Fällen des § 251a, soweit der Einzelrichter hier die E. n. L. d. A. für angezeigt hält. Heilberg kommt zu seiner verkehrten Ansicht durch eine ganz irrige Auffassung der Bedeutung der m. V. im vorbereitenden Verfahren. Nach ihm gibt es darin überhaupt keine eigentliche m. V. Wäre das richtig, so wäre Heilberg allerdings im Recht, da ein Urteil nach § 251a immer erst nach vorausgegangener m. V. ergehen kann. Aber die Verhandlung vor dem Einzelrichter ist selbst m. V., wie auch Volkmar LZ. 1924 S. 250 ff. Heilberg entgegenhält. Heilberg dürfte zu seinem Irrtum dadurch gelangt sein, daß allerdings die m. V. vor dem Einzelrichter

grundsätzlich keinen Entscheidungsstoff liefert, während bei anderen Verhandlungen das Gegenteil als Grundsatz gilt. Aber wenn auch die Verhandlung vor dem Einzelrichter in der Regel nur vorbereitenden Charakter hat, ist sie doch m. V. Zum Wesen der m. V. gehört nicht, daß sie auch Entscheidungsstoff liefere. Wieviele m. V. gibt es auch außerhalb des Einzelrichterverfahrens, die für die Entscheidung keinerlei Bedeutung haben!

Kommt so Heilberg durch seine falsche Auffassung des vorbereitenden Verfahrens zu dem Satze, daß der Einzelrichter ein Urteil nach § 251a nicht erlassen könne, so kommt Reinberger mehr von praktischen Erwägungen aus zum gleichen unrichtigen Ergebnis. Es sei undenkbar, meint er, daß der Einzelrichter u. U. ohne den Willen der Parteien, nur auf ihr Ausbleiben hin, in Ehesachen, Statusklagen und dgl. entscheide, was er ja nach § 349 III nicht einmal bei Parteieinverständnis könne, ferner, daß der Einzelrichter beim OLG. ein Urteil, vielleicht ein Ehescheidungsurteil dreier Richter vom LG. aufhebe; daß überhaupt Folge der Terminsversäumnis eine Minderung der Garantien für die Richtigkeit des Urteils sei. Aus diesen seinen Erwägungen geht aber höchstens die Bedenklichkeit der Stellung, die die Novelle dem Einzelrichter einräumte, hervor, nicht die Unzulässigkeit des Aktenurteils durch den Einzelrichter.

Von Reinberger und Heilberg abgesehen, wird denn auch ganz allgemein die Meinung vertreten, daß auch vom Einzelrichter ein Urteil gemäß § 251a erlassen werden kann. So von Volkmar, Striemer, Keidel, Püschel a. a. O., Sonnen („Einzelrichter und Prozeßgericht" Gruchot 1924 S. 514), Rosenberg L. S. 320.

6) Bei einigen Entscheidungsarten ist es streitig, ob sie nach § 251 a ergehen können. Als unmöglich muß der Erlaß eines Versäumnisurteils nach § 251 a bezeichnet werden, schon deshalb, weil das Gesetz, wie sich aus § 331 a klar ergibt, E. n. L. d. A. und Versäumnisurteil als Gegensätze betrachtet. Hingegen steht dem Ergehen eines Verzichts- oder Anerkenntnisurteils ein rechtliches Bedenken nicht entgegen, wenn auch beide kaum je als E. n. L. d. A. praktisch vorkommen dürften.

Daß nicht nur Urteile, sondern auch andere Entscheidungen des Gerichts n. L. d. A. gemäß § 251a ergehen können, ist ausnahmslos in der Literatur anerkannt. Es muß anerkannt sein, weil § 251a selbst erkennen läßt, daß das Gesetz unter Entscheidungen nicht bloß Urteile versteht. Uneinig ist man sich aber darüber, ob andere Entscheidungen als Urteile ausnahmslos nach § 251a ergehen können, oder ob nur bestimmte Arten von Entscheidungen i. w. S. in Betracht kommen. Daß Entscheidungen jeder Art nach § 251a ergehen können, ist die

nächstliegende und keines weiteren Beweises bedürfende Anschauung. Sie wird vertreten von Goldschmidt, Sonnen, Keidel, Sydow a. a. O., Rosenberg L. S. 320. Dagegen müßten für die fernerliegende Ansicht, daß nur ganz bestimmte Entscheidungen ohne Urteilsnatur n. L. d. A. gemäß § 251a ergehen könnten, irgend welche Gründe angeführt werden. Gerade daran fehlt es völlig. Die Beschränkung auf Entscheidungen besonderer Art beruht also auf Willkür.

Beispiele: Nach Wach DJZ. 1924 S. 246 können gemäß § 251 a nur ergehen: Beweisbeschlüsse; nach Keidel: Beweis- und Aufklärungsbeschlüsse, ebenso nach Baumbach a.a.O.; nach Stein: alle Entscheidungen i. w. S., die auf rechtlicher und tatsächlicher Würdigung des Prozeßstoffes beruhen oder eine solche Würdigung voraussetzen, also nicht Aufklärungsbeschlüsse; ähnlich nach Freudenthal a.a.O.: alle Entscheidungen, die über eine materielle und prozessuale Rechtsfrage befinden, einschließlich der stoffbegrenzenden Verfügungen; nach Volkmar (Handwörterbuch der Rechtswissenschaft: „E. n. L. d. A."): nur gerichtliche Entschließungen, die eine sachliche Stellungnahme des Gerichts enthalten, „also" nicht Aufklärungsbeschlüsse.

Es ist ersichtlich, daß Stein's und Volkmar's Beschränkungen der möglicherweise nach § 251 a ergehenden Entscheidungen möglichst gelinde sein wollen und es scheint fast, als hätten beide nur deshalb die Beschränkungen vorgenommen, um den Aufklärungsbeschluß aus der Zahl der nach § 251 a möglicherweise ergehenden Entscheidungen hinauszudrängen. Aber warum das? Es kann doch auch der Aufklärungsbeschluß, nach § 251a erlassen, terminsparend wirken. Indessen ist sowohl bei Stein wie bei Volkmar die Ausscheidung des Aufklärungsbeschlusses eine gewaltsame, vom Inhalt der Beschränkung gar nicht geforderte. Dieser Inhalt ist noch dazu so unbestimmt und weitgreifend, daß sich überhaupt kaum eine Entscheidung finden läßt, die nicht darunter fiele.

7) Soll nach § 251 a ein Urteil ergehen, so muß in einem früheren Termine eine m. V. stattgefunden haben. Dieses Erfordernis fehlte noch im Regierungsentwurf und wurde erst vom Rechtsausschuß des Reichstages eingefügt. Der Zweck der Einfügung war: Schutz der Parteien vor einem Urteil auf Grund unvollständiger Akten. Das gleiche meint Reinberger a.a.O., wenn er sagt, das Erfordernis der m. V. bezwecke den Schutz der Partei vor einem Urteil, das allzu stark gegen § 139 ZPO. verstößt. Denn durch die Unmöglichkeit der Ausübung des richterlichen Fragerechts, das meist durch Aufklärungsbeschlüsse nur einen äußerst dürftigen Ersatz finden wird, vergrößert sich die bei jeder Verhandlung in gewissem Grade bestehende Ge-

fahr ganz erheblich, daß der Sachverhalt, wie ihn das Gericht sich auf Grund der Mitteilungen der Parteien vorstellt, vom wirklichen Sachverhalt abweicht. Die Mündlichkeit erweist sich eben auch bei dem Ineinander von Frage und Anwort — ja gerade hier — als der Schriftlichkeit in Ansehung der Wahrheitsermittlung und -förderung weit überlegen, vor allem schon deshalb, weil die Fragestellung viel weniger Mühe und Zeit kostet, der Fragende auf viel mehr Dinge eingehen kann und wird, auch auf solche, die ihm an sich hinreichend geklärt erscheinen, nach denen er daher nicht fragen würde, wenn die Frage einen eigenen Beschluß verursachte, auf die er aber doch, ausdrücklich oder versteckt fragend zu sprechen kommt, weil es nur ein paar Worte kostet. Wie oft stellen sich dann solche „feststehende" Dinge so ganz anders dar, als der Fragende gemeint hat! Solche Erwägungen liegen dem Erfordernis früherer m. V. zugrunde. Die Parteien sollen zwar für ihr „schuldhaftes" Nichtverhandeln im Termin durch die Gefahr einer Entscheidung auf Grund unvollständiger Akten „bestraft" werden, aber beim Urteil als der wichtigsten Entscheidungsart erscheint solche Strafe dem Gesetzgeber dann doch zu hart, wenn noch keine m. V. stattgefunden hat.

Aus dem erwähnten Zweck der m. V. folgt, daß es für eine Entscheidung in der Hauptsache nicht genügen kann, wenn zwar früher eine m. V. stattfand, aber nur über prozessuale Punkte. Würde man eine solche Verhandlung genügen lassen, so würde in derartigen Fällen der vom Gesetz den Parteien zugedachte Schutz versagen aus dem innerlich nicht gerechtfertigten Grunde, daß die Parteien früher nicht zur Hauptsache verhandelten. Die Beschränkung auf die Verhandlung über prozessuale Punkte wäre also gleichsam ein Strafschärfungsgrund. Das Gesetz will aber doch diese Beschränkung gewiß nicht bestrafen, sondern das Ausbleiben im Termin. Es ist daher zu verlangen, daß, wenn über die Hauptsache entschieden wird, über diese, wenn über einen Zwischenstreit entschieden wird, über diesen mündlich verhandelt worden ist. Ebenso Reinberger, Baumbach a.a.O., Rosenberg L. S. 321. Bei anderen ist die Stellungnahme nicht recht klar (sie bedienen sich meist des Ausdrucks: „es muß zur Sache verhandelt sein"). So bei Delius Recht 1924 S. 97 ff., Sydow a.a.O. Nach anderen genügt die bloße Tatsache einer früheren m. V. So nach Stein, Sonnen, Keidel a.a.O. Ihre Berufung darauf, daß das Gesetz schlechthin von einer Verhandlung spreche, greift gegenüber dem Zweck des Erfordernisses der m. V. nicht durch.

Eine andere, jetzt ganz unbestrittene Folgerung aus dem Zweck des Erfordernisses der m. V. ist die Notwendigkeit, daß

die m. V. in derselben Instanz stattgefunden hat, in der die Entscheidung ergeht. Ebenso: Rosenberg L. S. 321. Nur dann besteht die Möglichkeit, daß sie der Vervollständigung des aus den Akten sich ergebenden Sachverhalts diene. Mit Andres DJZ. 1925 S. 1581 ist auch anzunehmen, daß die m. V. im ordentlichen Verfahren stattgefunden haben muß, daß eine m. V. im Urkunden- und Wechselverfahren nicht genügt. Eine solche m. V. würde wegen der Beschränkung des Gebrauchs von Angriffs- und Verteidigungsmitteln den Schutz der Parteien vor Unvollständigkeit der Aktenlage zu einem großen Teil illusorisch machen.

Ausnahmslos wird im Schrifttum behauptet, daß eine m. V., die vor dem Einzelrichter stattgefunden hat, „genüge", also einer m. V. vor dem erkennenden Kollegialgericht gleichwertig sei. Man findet das allgemein für so selbstverständlich, daß man auf eine Begründung verzichten zu können glaubt. So „genügt" eine m. V. vor dem Einzelrichter nach Stein, Delius, Sydow, Sonnen, Reinberger a.a.O. Indessen kann diese Ansicht nicht in vollem Umfang als richtig anerkannt werden. Nur soweit der Einzelrichter, vor dem die m. V. stattgefunden hat, auch selbst entscheidet, ist der Ansicht zuzustimmen, nicht aber auch dann, wenn die E. n. L. d. A. durch das Kollegialgericht geschieht. Geht nämlich das zunächst vor dem Einzelrichter geführte Verfahren ins kollegialgerichtliche über, so kann, worauf früher schon hingewiesen wurde, das vor dem Einzelrichter in tatsächlicher Beziehung Vorgebrachte nur unter der Bedingung eines nochmaligen referierenden Vortrags durch die Parteien vor dem Kollegialgericht bei der Entscheidung berücksichtigt werden. In diesem Falle ist also der Vortrag vor dem Einzelrichter nicht vollständig gleichwertig mit dem Vortrag vor dem Kollegialgericht. Daraus folgt, daß, wenn nur eine m. V. vor dem Einzelrichter stattgefunden hat und später im Verfahren vor dem Kollegialgericht beide Parteien nicht verhandeln, jene Bedingung der Berücksichtigungsfähigkeit nicht eintreten kann, die Verhandlung vor dem Einzelrichter also nicht zu einem Urteil nach § 251 a genügt.

Um dieses Ergebnis zu verhindern, könnte man daran denken, in einem derartigen Falle das Referat der Parteien über das Ergebnis der m. V. vor dem Einzelrichter einen Ersatz finden zu lassen in einem Referat des Einzelrichters, wenn dieser zugleich dem Kollegium angehört, oder in der Benutzung des Protokolls der m. V. vor dem Einzelrichter. Die beiden Arten des Ersatzes des Parteireferats würden jedoch eine wesentliche Minderung des Schutzes der Parteien vor unrichtiger Entscheidung herbeiführen. Sowohl beim Richterreferat wie bei der

Protokollbenutzung — daß bei der m. V. vor dem Einzelrichter überhaupt ein über den gewöhnlichen Inhalt hinausgehendes Protokoll aufgenommen werden müßte, läßt sich aus dem Gesetz nicht ableiten, ist auch keine unbedingte praktische Notwendigkeit — würde der Schutz der Parteien vor Unrichtigkeiten und Unvollkommenheiten der Mitteilung über den Sachverhalt fehlen. Daß aber darin eine Strafe für das Nichtverhandeln der Parteien liegen könne, ist eine unmögliche Annahme. Einmal kann man die Parteien nicht gut für die Unterlassungssünden eines Dritten büßen lassen; und dann liegt der vom Gesetz beabsichtigte Schutz der Parteien gerade darin, daß im Interesse der Wahrheit die Akten durch eine m. V. ergänzt werden. Mit diesem Zwecke der Wahrheitsförderung ist der Gedanke unvereinbar, daß die Parteien für ihr Nichtverhandeln damit bestraft werden, daß Unrichtigkeiten von Richterreferat oder Protokoll der Entscheidung zugrunde gelegt werden dürften. Und es ist auch kein Grund auszudenken, weshalb die säumigen Parteien stärker „bestraft" werden sollten, wenn die m. V. im Einzelrichterverfahren, als wenn sie im Kollegialverfahren stattgefunden hat.

Oft ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Voraussetzung einer früheren m. V. nicht dann wegfalle, wenn die Parteien sich früher einmal gem. § 7 EV. mit einer Entsch. ohne m. V. einverstanden erklärt haben, ob, wie man sich gern ausdrückt, das Einverständnis nach § 7 E. V. die frühere m. V. „ersetze". Gewiß spricht § 251 a von einem Termin, besteht die Garantie von § 139, wenn keine m. V., sondern nur Einverständnis mit Entsch. ohne m. V. vorausgegangen ist, nur unvollkommen oder überhaupt nicht. Das beweist aber nicht, wie Reinberger a.a.O. meint, daß ein Einverständnis nach § 7 die frühere m. V. nicht entbehrlich machen könne, sondern nur, daß das Gesetz an diesen Sonderfall nicht gedacht hat. Die „Garantie des § 139" aber ist nur eines der Mittel, die nach der Ansicht des Gesetzes die Parteien vor einem infolge Aktenunvollständigkeit unrichtigen Urteil schützen sollen. Nun aber haben durch ein früheres Einverständnis der Parteien mit Entsch. ohne m. V. diese sich bereit erklärt, ihren Rechtsstreit ohne eine m. V. durch Urteil erledigen zu lassen. Denn wenn sie auch vielleicht ihr Einverständnis nur im Hinblick auf eine bevorstehende nicht urteilsmäßige Entscheidung abgegeben haben, so mußten sie sich doch auf jeden Fall auch darauf gefaßt machen, daß die ergehende Entscheidung ein Urteil sei, wenn das Gericht wider ihr Erwarten den Rechtsstreit dazu für reif halten sollte. Haben aber früher schon einmal die Parteien durch ein Einverständnis nach § 7 E. V. sich damit abgefunden, daß ein Urteil ohne m. V. ergeht, so besteht,

wenn im weiteren Verlauf des Verfahrens der Fall des § 251 a eintritt, kein Bedürfnis, die E. n. L. d. A. von der Voraussetzung früherer m. V. abhängig zu machen. Wozu die Parteien schützen, wenn sie durch früheres Einverständnis auf diesen Schutz selbst verzichtet haben?

Es handelt sich also gar nicht darum, ob die m. V. durch ein Einverständnis nach § 7 EV. „ersetzt" werden kann; sondern durch das Einverständnis entfällt der Grund, weshalb das Gesetz das Erfordernis früherer m. V. aufgestellt hat, und deshalb muß eine nicht am Buchstaben hängende Auslegung des Gesetzes bei vorangegangenem Einverständnis nach § 7 EV. die Voraussetzung der früheren m. V. als hinfällig erklären. Ebenso die herrschende Meinung, doch meist ohne Begründung: Goldschmidt, Stein, Hodenberg a.a.O. A. M. (außer Reinberger) Püschel („der Einzelrichter S. 80"), Rosenberg L. S. 321.

8) Es muß für den Rechtsstreit Entscheidungsreife bestehen und zwar materielle und prozessuale.

a) Das Vorliegen materieller Entscheidungsreife, das, ihrem Wesen entsprechend, nur von Fall zu Fall vom Gericht bejaht werden kann, ohne daß sich irgendwelche Regeln aufstellen ließen, ist selbstverständliche Voraussetzung jeder Entscheidung nach unserer ZPO. Materielle Entscheidungsreife liegt von dem Augenblick an vor, in dem das Gericht zur Ueberzeugung gelangt, daß wesentliches Material, das der Prozeßlage ein verändertes Bild gäbe, nicht mehr beigeschafft werden könne. Daß das Gericht über den ganzen Prozeßinhalt sich voll im klaren sei, ist zur materiellen Entscheidungsreife nicht erforderlich, ist auch häufig gar nicht möglich. Das ganze Institut der Beweislast beruht auf dem Gedanken, daß es sehr oft Dinge gibt, die von keiner Partei in klares Licht gerückt werden können. Dennoch muß der Prozeß entschieden werden, dennoch kann materielle Entscheidungsreife bestehen. So kann materielle Entscheidungsreife auch dann gegeben sein, wenn eine Streitsache nie hinreichend geklärt werden kann. Die Verteilung der Beweislast sorgt dafür, daß auch solche Prozesse entschieden werden können. Das Gericht wird ex nobili officio bei schwer aufzuklärenden Sachen längere Zeit Geduld haben als gewöhnlich, aber über kurz oder lang muß doch der Augenblick kommen, wo das Gericht sich sagt: Es ist nicht mehr an die Möglichkeit einer Aufklärung der Sache zu glauben, dieser oder jener Beweis, zu dem Kläger oder Beklagter verpflichtet ist, konnte nicht erbracht werden; der Rechtsstreit ist materiell entscheidungsreif. Es ist daher nicht richtig, wenn Baumbach a.a.O. meint, die Entsch. nach § 251 a biete gegenüber einer sonstigen Entscheidung den Vorzug, daß auch

Sachen, die nie hinreichend zu klären seien, entschieden werden könnten; aber nur, wenn man Entscheidungsreife nicht zur Bedingung erhebe. Das Erfordernis der Entscheidungsreife ist weder nach § 251 a noch überhaupt ein Hindernis für das Ergehen der Entscheidung in einer Sache, die nie hinreichend geklärt werden kann.

Außer Baumbach leugnet auch Wach a.a.O. das Erfordernis materieller Entscheidungsreife. Er verweist darauf, daß das Aktenurteil zwecks ausreichender Verhandlung, nicht als deren Folge angedroht sei, sowie auf das argumentum e contrario in § 331 a, wo ausdrücklich das Erfordernis hinreichender Klärung aufgestellt sei. Allein wenn auch § 251 a die Drohung mit einer falschen Entscheidung enthält, so ist doch im Gesetz dafür kein Anhaltspunkt vorhanden, daß § 251 a auch für den Fall, daß das Gericht die Sache noch nicht für entscheidungsreif hält, diese Drohung ausspricht. Es kann vielmehr nur angenommen werden, daß als „Strafe" für Prozeßverschleppung das Gesetz mit einem solchen infolge Aktenunvollständigkeit falschen Urteil droht, das vom erkennenden Gericht infolge irrtümlicher Annahme der Aktenvollständigkeit für richtig gehalten wird. Gegen Wach's arg. e contr. aus § 331 a spricht, daß, wovon noch die Rede sein wird, bei § 331 a im Gegensatz zu § 251 a der Erlaß der Entsch. n. L. d. A. nicht ins freie Ermessen des Gerichts gestellt ist. Deshalb hat es das Gesetz (unnötigerweise) für nötig befunden, auszusprechen, daß das Anrecht der Partei auf eine E. n. L. d. A. in der Notwendigkeit der Entscheidungsreife seine Schranke finde. Ueberhaupt muß man bei der mangelhaft redigierten Novelle 1924 mit Umkehrschlüssen recht vorsichtig sein.

Für die Notwendigkeit materieller Entscheidungsreife sprechen sich auch die meisten Autoren aus. So Goldschmidt, Sonnen, Stein, Reinberger, Volkmar, Freudenthal a.a.O, Püschel („Einzelrichter S. 68"), Rosenberg L. S. 321.

b) Prozessuale Entscheidungsreife ist vorhanden, wenn alle sachlich erheblichen Schriftstücke folgenden Anforderungen genügen:

aa) Die Schriftsätze müssen, um berücksichtigt werden zu können, innerhalb eines Zeitraumes bei Gericht eingereicht sein, dessen Anfangspunkt, wenn keine m. V. stattgefunden hat, der Beginn des Prozesses, andernfalls der erste auf die m. V. folgende Zeitpunkt ist. Ist also vor der m. V. ein Schriftsatz eingereicht (und zugestellt), der in der Verhandlung selbst weder vorgetragen noch in Bezug genommen ist, so kann er nicht berücksichtigt werden. Man muß ja in einem solchen Falle damit rechnen, daß die Partei den Inhalt des Schriftsatzes gar nicht

aufrechterhalten will (Vgl. 3. Abschnitt S. 38). Die Verschiedenheit der Ansichten hierüber ist die gleiche wie bei § 7 EV. und braucht daher nicht erneut dargestellt zu werden.

Auch bez. des letzten Zeitpunktes, bis zu dem die Schriftsätze eingereicht sein müssen, herrschen starke Meinungsverschiedenheiten. Es kommen hier wegen des anderen Zwecks des § 251 a auch andere Gesichtspunkte in Betracht als bei § 7 EV. Zwei Ansichten stehen einander in Ansehung jenes Endpunktes gegenüber: nach der einen ist ausschlaggebend der Zeitpunkt, in dem trotz Aufrufs der Sache keine Partei sich meldet oder Sachanträge stellt, nach der andern der Zeitpunkt der Verkündung der Entscheidung. Erstere Ansicht vertreten Goldschmidt, Reinberger, Kann, Stein a.a.O., letztere Sonnen, Keidel, Volkmar a.a.O. Die erstere Ansicht erscheint als die richtige. Nicht schon deshalb, weil der Termin zur m. V. angesetzt ist. Denn maßgebend für den Schlußpunkt, bis zu welchem Stoff in den Prozeß eingeführt werden kann, ist niemals der Termin als solcher, sondern der Schluß der m. V. im Termin. Da bei § 251 a keine m. V. stattfindet, muß jener Schlußpunkt auf Grund einer anderen Erwägung gefunden werden. Es ist wieder von dem begrenzten Zweck des § 251 a auszugehen: wenn eine Sache entscheidungsreif erscheint, die Entscheidung nicht durch das Nichtverhandeln der Parteien hinauszögern zu lassen. Diesen Zweck würde man außer acht lassen, wollte man auch nach dem Termin bei Gericht eingehende Schriftsätze für berücksichtigungsfähig halten.

Daraus, daß nach dem Verhandlungstermin eingehende Schriftsätze bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden können, folgt, daß eine schriftliche Fortführung des Verfahrens nicht möglich ist. Das ist der tiefgreifendste Unterschied vom Verfahren nach § 7 EV., schlechthin die Besonderheit der E. n. L. d. A.

Goldschmidt a.a.O. meint, man müsse von dem Satze, daß nach dem Verhandlungstermin eingehende Schriftsätze nicht berücksichtigungsfähig seien, für Aufklärungsbeschlüsse eine Ausnahme zulassen. Gelange das Gericht durch nachträgliche Schriftsätze zur Erkenntnis, daß die ursprünglich angenommene Entscheidungsreife in Wahrheit nicht vorliege, so müsse das Gericht in der Lage sein, schon vor der neu anzusetzenden m. V. einen Aufklärungsbeschluß zu erlassen. Daß das Gericht das kann, ist zweifellos. Das ist aber keine Ausnahme von dem Satze, daß nur die bis zur m. V. eingereichten Schriftsätze berücksichtigungsfähig sind. Denn jener Aufklärungsbeschluß hat mit § 251 a gar nichts zu tun, ist keine E. n. L. d. A. gem. § 251 a, sondern ergeht auf Grund von § 279 a.

bb) Soweit die Schriftsätze neues Tatsachenmaterial enthalten, müssen sie zugestellt sein, und außerdem muß auf sie eine Gegenerklärung vorliegen. Andere erhebliche Schriftsätze brauchen nur zugestellt zu sein. Für unsere so differenzierende Ansicht sind die leitenden Gesichtspunkte schon bei Besprechung der Voraussetzungen einer Entscheidung nach § 7 EV. dargelegt worden, so daß nur hierauf verwiesen zu werden braucht (s. S. 40 f.). Neue Gesichtspunkte können naturgemäß bei § 251 a nicht in Frage kommen. In der Literatur gehen die Meinungen darüber, wodurch sich das Gericht Gewißheit über die Kenntnis der Gegenpartei von einem Schriftsatz verschaffen muß, auch bei § 251 a sehr weit auseinander, ja noch weiter als bei § 7 EV. An einer Begründung der Ansichten fehlt es fast durchwegs. So verlangt Goldschmidt a.a.O. Zustellung; Stein a.a.O. bei Sachanträgen Zustellung, bei Schriftsätzen (Gegensatz?) Gegenerklärung; Sonnen (Komm. Erl. zu § 251 a) „Zugang", der vermutet werde; ebenso Baumbach a.a.O.; Reinberger a.a.O. verlangt weder Zustellung noch überhaupt Kenntnis, da „selbstverständlich" zu fingieren sei, daß auch ein eingereichter, aber nicht zugestellter Schriftsatz vorgetragen wäre. Volkmar a.a.O. verlangt wegen Nichtgeltens der Geständnisfiktion schriftliche Erwiderung, bei neuen Anträgen jedoch Zustellung; Freudental a.a.O. verlangt „Kenntnis"; Kann, daß sich aus den Akten Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Gegner den Schriftsatz erhalten hat; Püschel a.a.O. verlangt Zustellung oder Beantwortung des Schriftsatzes, ebenso Sydow und Rosenberg L. S. 323. Aus diesen Beispielen von Ansichten ist erkennbar, daß man in der Literatur überwiegend dazu neigt, dem Gericht möglichst freie Hand darüber zu lassen, aus welchem Umstand es im einzelnen Falle seine Gewißheit über den Erhalt eines Schriftsatzes durch den Gegner schöpfen will. Das hat gewiß etwas Bestechendes an sich, weil es den Bedürfnissen des einzelnen Falles Rechnung zu tragen scheint, und die entgegengesetzte Ansicht sieht vielen vielleicht formalistisch aus. Aber die letztere hat den Vorzug größerer Bestimmtheit für sich. Nach ihr kann es niemals einen Zweifel darüber geben, ob das Gericht annehmen kann, daß der Schriftsatz dem Gegner zugegangen ist. Ungewißheiten hierüber müssen aber nach der Gegenansicht an der Tagesordnung sein, eine ständige Gefahr für den Grundsatz des beiderseitigen Gehörs bedeutend.

Wie bei § 7 EV. tritt auch bei § 251 a zum Erfordernis der Zustellung das ihrer Ordnungsmäßigkeit, besonders ihrer Rechtzeitigkeit hinzu. Ob sich die Rechtzeitigkeit nach § 132 bestimmt, oder nach dem Ermessen des Gerichts, ist auch bei § 251 a sehr bestritten. Meist wird das erste angenommen, aber zu Unrecht. Denn die Schriftsätze, auf deren rechtzeitige

Zustellung es ankommt, sind keine vorbereitenden. Sie waren nur ursprünglich von den Parteien als solche gedacht, haben aber ihren vorbereitenden Charakter durch das Nichtfolgen einer m. V. verloren. Vgl. S. 41. Die Richtigkeit des Satzes, daß sich die Rechtzeitigkeit nach Ermessen des Gerichts, nicht nach § 132 ZPO. bestimme, versucht kann (Komm. Erl. zu § 251 a; anders in JW. 1924 S. 383 ff.) durch ein argumentum e contrario aus § 331 a nachzuweisen. Allein sein Schluß, wiewohl ihn zu richtigem Ergebnis führend, scheitert daran, daß aus § 335 II Nr. 3 nicht zu entnehmen ist, daß bei § 331 a Schriftsätze, die ihren vorbereitenden Charakter verloren haben, in den Fristen des § 132 zugestellt sein müssen. § 335 fordert Einhaltung der Fristen von § 132 nur für den wirklich vorbereitenden Schriftsatz, dessen Inhalt die erschienene Partei in der m. V. vorträgt oder in Bezug nimmt. Wahrung der Fristen von § 132 für die Rechtzeitigkeit fordern Stein, Freudenthal, Kann a.a.O. Soweit in der Literatur eine Vermutung der Zustellung oder des Zugangs aufgestellt wird, gilt auch die Vermutung der Rechtzeitigkeit. Die Vermutung erspart also eine Stellungnahme zu der Streitfrage, wonach sich die Rechtzeitigkeit bestimmt.

cc) Andere Schriftstücke als Schriftsätze müssen, dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs entsprechend, den Parteien zur Kenntnis gekommen sein oder die Parteien müssen wenigstens die Möglichkeit der Kenntnisnahme gehabt haben. Auch das ist nicht anders als bei § 7 EV. Soweit Benachrichtigung erforderlich, muß sie auch hier in der Form der Zustellung erfolgen (Vgl. S. 41). Aehnlich Kann, Samter, Volkmar a.a.O., Rosenberg L. S. 322.

9) Auch wenn die Voraussetzungen Ziff. 1—8 gegeben sind, ist es letzten Endes Sache des gerichtlichen Ermessens, ob durch das Ergehen einer E. n. L. d. A. gemäß § 251 a das MPr. durchbrochen werden soll. Das ist nicht unbestritten. So behauptet Goldschmidt a.a.O , daß wie bei § 331 a die Entscheidung bei hinreichender Klärung des Sachverhalts ergehen müsse. Von reinen Zweckmäßigkeitserwägungen dürfe das Gericht sich also nicht leiten lassen. Diese Ansicht widerspricht aber durchaus der deutlichen Verschiedenheit des Gesetzeswortlautes: „ . . . kann . . . entscheiden", — „dem Antrag ist zu entsprechen, ...".

II. Voraussetzungen des Ergehens einer Entscheidung nach § 331 a.

Diese sind zum großen Teil die gleichen wie bei der Entsch. nach § 251 a. Ihre Darstellung kann sich daher z. T. mit bloßen Andeutungen und Verweisungen begnügen.

1) Es muß ein Termin zur m. V. anstehen.

2) Die eine Partei muß ausbleiben, die andere muß erscheinen und E. n. L. d. A. beantragen Diese Voraussetzung läßt die Eigenart der prozessualen Situation, auf die hin die E. n. L. d. A. gem. § 331 a ergeht, erkennen und damit zugleich den besonderen Zweck dieser Einschränkung des MPr. Wie § 251 a einer durch Nichtverhandeln beider Parteien entstehenden Verzögerung des Prozesses entgegentreten will, so sucht § 331 a eine durch Ergehen eines Vers.-Urteils bewirkte Prozeßverschleppung zu hintertreiben. Gerade das in der einfachsten Weise zu beseitigende Vers.-Urteil ist ja ein beliebtes Mittel in der Hand der zahlungsunwilligen Partei, den Gegner hinzuhalten und den Prozeß in die Länge zu ziehen. Dem entgegenzutreten, hat es nicht an Versuchen gefehlt. So wurde durch die Novelle 1924 durch § 708 Nr. 3 bestimmt, daß alle Vers.-Urteile, auch ohne besonderen Antrag, für vorläufig vollstreckbar zu erklären seien. Der früher erwähnte Antrag Schiffer schlug in seinem § 13 vor: „Ein Vers.-Verfahren findet nur im ersten Verhandlungstermin statt. Gegen ein Vers.-Urteil ist nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben". Der Novellengesetzgeber wollte von so durchgreifender Neuregelung des Versäumnisverfahrens absehen und sie der endgültigen Zivilprozeßreform vorbehalten. Andererseits wollte er aber doch auch die Schäden des Vers.-Verfahrens mildern und daher entschloß er sich zu einer Zwischenlösung, darin bestehend, daß die nicht säumige Partei, statt eines Vers.-Urteils eine E. n. L. d. A. soll beantragen können. Damit ist freilich nur eine recht schwache Verbesserung des seitherigen Zustandes erreicht. Denn die Möglichkeit, eine E. n. L. d. A. im Falle des § 331 a zu erlangen, ist wegen des noch zu erwähnenden Erfordernisses der Entscheidungsreife eine engbegrenzte. Immerhin muß zugegeben werden, daß es § 331 a ermöglicht, das Verfahren gerade in den Fällen vorwärtszubringen, in denen früher ein Stocken des Verfahrens durch Ergehen eines Vers.-Urteils am unerträglichsten war, dann nämlich, wenn die Sachlage dem Gericht für eine End- oder Zwischenentscheidung ganz geklärt erschien, z. B. weil schon umfangreiche Beweiserhebungen stattgefunden hatten, und lediglich durch das Ausbleiben einer Partei eine endgültige Entscheidung hintertrieben wurde.

Der Antrag der erschienenen Partei auf E. n. L. d. A. kann ebensowenig wie jeder andere Antrag im Zivilprozeß bedingt gestellt werden. Insbesondere darf in ihm das Ergehen der Entscheidung nicht von der Bedingung abhängig gemacht werden, daß die Entscheidung zu Gunsten des Antragstellers ausfalle, oder daß sie nur einen Teil des Rechtsstreits betreffe. Hingegen

kann der Antrag auf E. n. L. d. A., ebenso wie jeder andere Antrag, als eventueller gestellt werden, also derart, daß in erster Linie Vers.-Urteil beantragt wird und erst in zweiter Linie Aktenentscheidung. So Goldschmidt, Stein, Freudenthal, Keidel, Kann, Sydow, Baumbach a.a.O.

Da der Antrag auf E. n. L. d. A. keine m. V. einleiten, im Gegenteil sie überflüssig machen soll, bedarf es auch keines Sachvortrags. An seine Stelle tritt für das erkennende Gericht der Akteninhalt und die Erinnerung an frühere m. V. Ebenso Stein, Baumbach a.a.O. Anders nur Reinberger a.a.O., der bei § 331 a im Gegensatz zu § 251 a annimmt, daß hier die Schriftsätze nur auf Grund ihres Vortrags oder ihrer Inbezugnahme Geltung hätten. Das Ergebnis dieser einer Begründung entbehrenden Anschauung wäre, daß § 251 a, nicht aber § 331 a, eine Einschränkung des MPr. bedeutete — trotz der einheitlichen Bezeichnung „E. n. L. d. A."

3) Die ausbleibende Partei muß ordnungsmäßig, insbesondere rechtzeitig geladen sein.

4)—8) Die übrigen Voraussetzungen einer E. n. L. d. A. gem. § 331 a sind ganz die gleichen wie bei § 251 a. (S. I.!)

Die Voraussetzung 9 (von I) fällt bei § 331 a weg. Das Gericht hat also nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen 1)—8) vorliegen. Andere „freie" Erwägungen haben auf das Ergehen einer E. n. L. d. A. gem. § 331 a keinen Einfluß.

Zu I und II sei noch bemerkt, daß bei der Aufzählung der Voraussetzungen einer E. n. L. d. A. mit Absicht die Ansetzung eines Verkündungstermins für das Urteil, die Bekanntgabe desselben durch eingeschriebenen Brief und die Nicht-Entschuldigung der ausgebliebenen Partei unerwähnt geblieben ist. Denn das alles sind nur Voraussetzungen der Urteilsverkündung. Mag auch mit diesem Augenblick erst in rechtlicher Beziehung das Urteil seine Existenz beginnen, sein natürlicher Entstehungsvorgang ist jedenfalls seine Fällung. Eine Durchbrechung des MPr. ist auch dann schon als vorhanden zu erachten, wenn bei der Fällung des Urteils anderes als in m. V. vorgetragenes Tatsachenmaterial zur Berücksichtigung kommt. Das Prinzip ist und bleibt auch dann durchbrochen, wenn das gefällte Urteil nicht zur Verkündung kommt. Da es in unserer Untersuchung darauf ankam, die Voraussetzungen aufzuzeigen, unter denen es zu einer Durchbrechung des MPr. kommen kann, lag also keine Veranlassung vor, unter jenen Voraussetzungen auch die bloßen Voraussetzungen der Urteilsverkündung zu nennen.

Während den beiden im 4. Abschnitt behandelten Fällen genereller fakultiver Mündlichkeit (§ 137 III und § 272 a) eine

irgendwie ernst zu nehmende Gegnerschaft nicht erwachsen ist, auch vom Gesichtspunkt des Schutzes der Parteien vor richterlichen Ermessensfehlern aus nicht erwachsen konnte, weil bei § 137 III zu einer Durchbrechung des MPr. der Wille beider Parteien und des Gerichts nötig ist, bei § 272 a zwar der Wille einer Partei übergangen wird, sie aber wenigstens durch einen erhebliche Tatsachen enthaltenden Schriftsatz die Durchbrechung des Prinzips hindern kann, war die E. n. L. d. A. vom ersten Augenblick ihres Daseins an der Zielpunkt heftiger kritischer Angriffe, denen man z. T. eine gewisse innere Berechtigung an sich nicht absprechen kann. Sie sind aber alle blind für den großen Vorzug der Prozeßverkürzung, der der E. n. L. d. A. ihre Lebensberechtigung verleiht und der unseres Erachtens größer ist, als alle ihre dunklen Seiten, die immer viel dunkler ausgemalt werden als sie in der Tat sind. Als gesetzespolitische Einwände gegen die E. n. L. d. A. kommen die folgenden in Betracht:

a) Man sagt, die Herrschaft eines Einzigen (des Gerichts in § 251 a, der nicht säumigen Partei in § 331 a) bringe die Gefahr einer willkürlichen, ungeeigneten Durchbrechung des Prinzips mit sich. Diese Gefahr wird jedoch durch das Erfordernis der sich nach objektiven Gesichtspunkten richtenden Entscheidungsreife nahezu gänzlich hinfällig.

b) Man sagt, die E. n. L. d. A. komme in ihrer Wirkung der Eventualmaxime gleich. So besonders Gerland DJZ. 1924 S. 297. Allein keine Zivilprozeßgesetzgebung, der es ernstlich um eine Beschleunigung des Prozesses zu tun ist, wird ganz auf Bestimmungen verzichten können, die „in ihrer Wirkung der Eventualmaxime gleichkommen". Fanden sich doch auch schon längst vor der Novelle 1924 in unserem Zivilprozeßrecht manche vereinzelte Anklänge an die Eventualmaxime.

c) Man sagt, es sei prozeßpolitisch zu verwerfen, einer säumigen Partei mit einem unrichtigen Urteil zu drohen. Aber erkennt eine Gesetzgebung einmal im Interesse der Beschleunigung, wenn auch in ganz engen Grenzen, den vielgeschmähten Gedanken der Eventualmaxime an, so ist die Drohung mit unrichtigem Urteil und die nötig werdende Verwirklichung derselben eine an sich gewiß nicht erfreuliche, aber unausweichliche Notwendigkeit.

d) Man sagt, da die Parteien jederzeit mit einer Umwandlung ihrer vorbereitend gedachten in bestimmende Schriftsätze rechnen müßten, würden sie verleitet, in diesen allen möglichen „Eventual"-Ballast unterzubringen, zur Erschwerung und Verlangsamung der Arbeit des Gericht. Allein die Möglichkeit einer E. n. L. d. A. wird andererseits doch auch auf die Ge-

diegenheit der Schriftsätze schriftsatzträger Parteien recht günstig einwirken.

e) Man sagt, die Möglichkeit, durch glaubhaft gemachte Entschuldigung des Ausbleibens die Verkündung eines Urteils zu verhindern, sei in der Hand der verschleppen wollenden Partei ein Mittel der Prozeßverzögerung. Allein dies Hintertürchen steht nur bei Urteilen zur Verfügung, und im übrigen kann doch das Gericht offensichtlich in Verschleppungsabsicht vorgebrachte Entschuldigungsgründe oft leicht als solche erkennen und sie dann als ungenügend zurückweisen.

f) Man sagt, die E. n. L. d. A. vermehre die Zahl der von der Normalform abweichenden Verfahrensarten. Allein wenn es schon nicht völlig unbestritten und unbestreitbar ist, daß dies überhaupt einen Mangel des Prozeßsystems darstellt (Vgl. Heinsheimer „Der neue Zivilprozeß" S. 14 f.), so muß eine etwaige Vereinheitlichung der vor der Türe stehenden großen Zivilprozeßreform überlassen werden.

g) Man sagt, die Umwandlung der Schriftsätze aus vorbereitenden in bestimmende sei etwas Unvorstellbares. Aber wegen theoretischer Unvorstellbarkeit kann eine Bestimmung doch praktisch recht wertvoll sein. Die Wissenschaft steckt ja doch voll von undenkbaren theoretischen Verwandlungen, die für viele durch das Zauberwort „Fiktion" vorstellbar werden.

h) Schließlich hat man spez. zu § 251 a behauptet, er sei ganz unnötig, er „schieße über das Ziel hinaus" (Wach). Erschienen die beiden Parteien nicht, so habe der Staat kein Interesse daran, ihnen dennoch ein Urteil aufzudrängen. Diese Ansicht, obwohl sehr verbreitet, scheint uns aber das Ausschlaggebende zu übersehen, daß der Staat schlechthin an flotter Rechtspflege das größte Interesse hat, ohne Rücksicht auf den Parteiwillen. Von diesem Gedanken aus rechtfertigt sich ja auch allein, daß die Novelle 1924 die Terminsherrschaft den Händen der Parteien entwunden und sie in die Hände des Gerichts gelegt hat. Schleppender Rechtsgang fällt, auch wenn die Parteien an ihm schuld sind, in den Augen der Oeffentlichkeit der staatlichen Zivilrechtspflege überhaupt zur Last. Es ist also ein hoher, weitblickender, gesetzespolitischer Gedanke, einen Prozeß, den das Gericht für entscheidungsreif hält, in Ueberwindung der Parteiensaumsal durch das Gericht entscheiden zu lassen.

Schlusswort.

Das Ziel, das sich die vorliegende Arbeit gesetzt hat, war ein doppeltes. Sie wollte einmal die treibenden Kräfte jener Entwicklung klarlegen, welche die deutsche Zivilprozeßgesetzgebung seit dem Jahre 1877 bis heute in ihrer Stellungnahme zum Mündlichkeitsprinzip durchlaufen hat. Dabei hat sich ergeben, daß bei aller Verschiedenheit der Anstöße zur Fortentwicklung das eigentlich treibende innere Motiv, sozusagen das Triebrad der ganzen Entwicklung, die allgemeine Unzufriedenheit mit der Dauer unserer Zivilprozesse war. Diese Tatsache läßt auch allein den katastrophalen Tempowechsel der Entwicklung zu Beginn des Weltkriegs verstehen. In den Nöten und Wirrnissen der Kriegs- und Nachkriegszeit mußte sich das Verlangen nach rascherem Rechtsgang notwendig steigern, auch beim Gesetzgeber, der zudem seit der Staatsumwälzung der öffentlichen Augenblicksmeinung und -stimmung bei weitem nicht mehr so selbständig gegenüberstand als zuvor. Jenes Verlangen hat sich aber z. T. nicht nur gesteigert, sondern auch übersteigert, indem sich nämlich bei vielen der Blick für das Hauptziel des Prozesses, die Schaffung richtiger Entscheidungen, trübte. (Vgl. z. B. Dittrich deutsche Richterzeitung 1922, S. 104). Dem Gesetzgeber muß es zugute gehalten werden, daß er sich von solchen Ueberbewertungen der Prozeßbeschleunigung im großen und ganzen fern gehalten hat.

Aber nicht nur die Entwicklung zur Elastizität der Prozedurform, wie sie das gegenwärtige Prozeßrecht kennt, sollte in dieser Arbeit geschildert werden, sondern auch die Ergebnisse dieser Entwicklung. Unsere Arbeit hat daher den Geltungsbereich der Enklaven fakultativer Mündlichkeit in dem vom Mündlichkeitsprinzip beherrschten Prozeßrecht näher bestimmt, indem sie die Voraussetzungen darlegte, unter denen es in den einzelnen Fällen fakultativer Mündlichkeit zu einer Prinzipdurchbrechung kommen kann.

Hingegen wurden Vorschläge de lege ferenda nicht in den Aufgabenkreis dieser Arbeit einbezogen. Nur indirekt wurde hie und da gelegentlich der Kritik des geltenden Rechtszustandes

das de lege ferenda-Problem gestreift. Hiebei hat sich jedenfalls das eine gezeigt, daß die Zukunftsaufgabe des Gesetzgebers nicht so sehr in der Schaffung neuer Fälle fakultativer Mündlichkeit besteht, sondern in allererster Linie darin, dem Zustand der gesetzlichen Ungeregeltheit der durch eine überstürzte Novellengesetzgebung eingeführten Einschränkungen des Mündlichkeitsprinzips ein Ende zu bereiten. Bei Erfüllung dieser Aufgabe wird es dem Gesetzgeber sehr zu statten kommen, daß sich inzwischen Wissenschaft und Praxis mit besten Kräften abgemüht haben, den rohen Stein des Novellenrechts zu behauen und zu glätten, ihn in den bewährten Bau des deutschen Zivilprozeßrechts einzufügen. Die organische Eingliederung des guten Neuen ins gute Alte ist also, wie auf so vielen anderen Gebieten unseres Staatslebens, so auch in der Zivilprozeßgesetzgebung, die Aufgabe der Zukunft. Möge es dem Gesetzgeber in ungestörter, sachlicher Arbeit gelingen, diese Aufgabe zur Zufriedenheit zu lösen!

Literatur-Verzeichnis.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
JW. = Juristische Wochenschrift.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Z. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
Z. f. R. i. B. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

I. Kommentare.

Baumbach, Kommentar zur ZPO. (1926, 3. A.)
Freudenthal-Sauerländer, Kommentar zur ZPO. (1926, 4. A.)
Goldschmidt, Die neue ZPO. (1924)
Kann, ZPO. mit Erläuterungen der neuen Vorschriften (1924)
Lucas, Die Beschl.-V. v. 1923.
Sonnen, Das neue Zivilprozeßrecht (1924)
Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. (1925, 12. A.)
Stein, Die Novelle zur ZPO. v. 1. 7. 09.
Sydow-Busch, Die ZPO. (18. A.)
Volkmar, Die Verordnung über das Verfahren in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten v. 13. 2. 1924 (1924)
Volkmar, Die Verordnung über die Beschleunigung des Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten vom 22. 12. 1923 (1924)

II. Zeitschriftenaufsätze.

Andres DJZ. 1925, S. 1581.
Curtius JW. 1924, S. 354.

III. Sonstige größere Abhandlungen.

Bähr, Der deutsche Zivilprozeß in praktischer Betätigung. (1885)
de Boor, Die Entscheidung nach Lage der Akten. (1924)
Heinsheimer, Der neue Zivilprozeß. (1924)
Hoffmann, (Diss.) Die fakultative mündliche Verhandlung der ZPO.
Klein, Mündlichkeitstypen. (1894)

Püschel, Der Einzelrichter und seine Zuständigkeit. (1925)
Samter, Güteverfahren und Streitverfahren vor d. AG. (1924)
Sonnen, Einzelrichter und Prozeßgericht. (1925)
Wach, Die ZPO. und die Praxis. (1886)
Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses. (1924)
Wach, Vorträge über die ZPO. (1896, 2. A.)

IV. Sonstiges.

Hahn-Mugdan, Materialien zur ZPO.
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft: „Entscheid. nach Lage der Akten / Entscheid. ohne mündliche Verhandlung".
Lehrbücher, v. Fischer, Plank, Rosenberg, Schmidt.
Verhandlungen und Gutachten des 26., 31. und 33. deutschen Juristentages.
Das neue Zivilprozeßrecht mit Beiträgen von Wach, Lehmann u. a. (1924)
Delius, Recht 1924, S. 97.
Engel, DJZ. 1924, S. 345.
Friedländer, LZ. 1924, S. 57.
Goldenring, Z. Bd. 14, S. 52.
Heilberg, JW. 1915, S. 1105, JW. 1915, S. 1512, JW. 1924, S. 83.
Heinitz, DJZ. 1907, S. 1170.
Hodenberg, JW. 1924, S. 364.
Hofmann, Gruchot 38. S. 816.
Kann, JW. 1924, S. 383.
Keidel, Z. f. R. i. B. 1924, S. 129.
Koffka, DJZ. 1897, S. 53; Gruchot 31, S. 145.
Levin, DJZ. 1915, S. 966; DJZ. 1924, S. 670.
Lobe, DJZ. 1924, S. 157.
Neumiller, Z. f. R. i. B. 1915, S. 313.
Püschel, Recht 1924, S. 357.
Reinberger, Recht 1924, S. 478; Recht 1924, S. 69.
Stein, DJZ. 1907, S. 1283.
Striemer, DJZ. 1924, S. 100.
Trendelenburg, JW. 1915, S. 1064.
Vierhaus, DJZ. 1897, S. 374; DJZ. 1916, S. 14.
Volkmar, DJZ. 1916, S. 591; Recht 1924, S. 207.
— LZ. 1924, S. 250; JW. 1924, S. 345.
— JW. 1925, S. 707.
Wach, DJZ. 1908, S. 9; JW. 1915, S. 1102.
— DJZ. 24, S. 246.